بسم الله الرحمن الرحيم

الإحالة في القانون الدولي الخاص

والموقف منها في ضوء وظيفة قاعدة الإسناد

(دراسة في القانون المقارن وقانون دولة الإمارات العربية المتحدة)

إعداد

الأستاذ الدكتور عكاشة محمد عبدالعال *

---

* أستاذ القانون الدولي الخاص بقسم المعاملات، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة.

طرح المسألة :

إذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي، فإن الحل النهائي للنزاع لا يتم إلاَّ إذا حددنا المقصود بالقواعد الواجبة التطبيق في هذا القانون. والسبب في طرح المشكلة يرجع إلى أن القانون الأجنبي -شأنه شأن أي قانون آخر - يحوي نوعين من القواعد : قواعد موضوعية أو مادية أو داخلية تتكفل بأن تعطي مباشرة حلاً نهائياً للنزاع، وقواعد إسناد ذات وظيفة إرشادية تشير إلى القانون الواجب التطبيق.

والسؤال : ما المقصود بالقانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة الإسناد والذي يتعين على القاضي الوطني أن يرجع إليه أولاً ؟ هل يخاطب القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي أم يجب أن يبدأ بمخاطبة قواعد الإسناد في هذا القانون وبحيث لايطبق القواعد الموضوعية فيه إلاَّ إذا أشارت بذلك قاعدة الإسناد الأجنبية؟

الواقع من الأمر أن " البت في هذه المشكلة أمر جوهري ليس من الناحية النظرية فحسب ، بل أيضاً من الناحية العملية نظراً لما قد يترتب على ذلك من تغيير في الحل النهائي للنزاع . فقد يحدث أحياناً أن تشير قاعدة الإسناد الواردة في القانون الأجنبي إلى تطبيق قانون غير قانونها، كأن تقضي بتطبيق قانون القاضي الوطني نفسه أو تقضي بتطبيق قانون دولة أجنبية أخرى . فإذا انصاع القاضي الوطني إلى ماتقضي به قاعد الإسناد الواردة بالقانون الأجنبي فإن ذلك يؤدي إلى تطبيق قانون آخر غير القانون الذي أشارت بتطبيقه قاعد الاسناد الوطنية وبالتالي فإن الحل النهائي للنزاع في هذه الحالة يختلف عن الحل النهائي للنزاع لو قام القاضي مباشرة بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي الذي أشارت

بتطبيقه قاعد الإسناد في قانونه" [1] .

هذه المشكلة الخاصة بتحديد ما إذا كان يتعين على القاضي أن يطبق القواعد الموضوعية أم قواعد الاسناد في القانون الأجنبي تسمى بمشكلة "الإحالة" Renvoi[2] . فمن يقول برجوع القاضي إلى القواعد الموضوعية يرفض الأخذ بالإحالة، ومن يقول برجوعه أولاً إلى قواعد الإسناد يكون على النقيض من الآخذين بها .

وخصوم الإحالة وأنصارها بنوا رأيهم - قبولاً أو رفضاً - على جملة من الحجج أغلبها ذو طابع نظري وقليل منها ذو طابع عملي ، لكنها حجج - ماكان منها ذا طابع نظري وعملي - ذات دلالة نسبية ، وعدم مصداقيتها متأتي من عدم إمكان تعميمها . فهي حجج سِمَتُها القصور وعدم الشمول أرادوا بالارتكان إليها إقرار أحد حلين اثنين : إما قبول الإحالة وإما رفضها . فهذا هو طابع المنهج التقليدي في نظرته إلى الإحالة . وهناك إتجاه آخر حديث ينطلق من نقطة بداية مختلفة : المسألة ليست في تبني حل عام مطلق قوامه قبول الإحالة أو رفضها . إن الواجب هو بحث المسألة من منظور وظيفة وغاية قاعدة الإسناد ذاتها . فالأمر يتعلق بضرورة البحث عن حل وظيفي تؤديه الإحالة . فالإحالة تكون مقبولة فيما لو أدى إعمالها إلى مساعدة قاعدة الإسناد الوطنية على أن تحقق غايتها التي أرادها لها مشرعها

---

(١) الدكتور فؤاد رياض والدكتورة سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني ١٩٩٢ - دار النهضة العربية ، فقرة ٨٦ ص ١٠٥ ، الدكتورة سامية راشد ، قاعدة الإسناد أمام القضاء - بحث في القانون الدولي الخاص المصري والمقارن ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، ص ٣٨٧ ومابعدها ، انظر بصفة خاصة ، ٤٩٢-٤٩٣ .

(٢) وتجدر الإشارة إلى أن الإحالة لاتثور إلاّ في شأن تنازع القوانين أو مايُسمى بتنازع الاختصاص التشريعي . فلا تطرح مسألة الإحالة في ميدان الاختصاص القضائي الدولي، اقرأ في هذا ، هولو وفوييه ودو لابراديل، القانون الدولي الخاص، ١٩٨٧، فقرة ٤٧٢ ص ٣٤١ .

بصورة نموذجية. وعلى العكس لامحل للأخذ بها فيما لوكان من شأن إعمالها بلوغ غايات تلفظها بالضروة وظيفة قاعدة الاسناد وغايتها كما رآها المشرع الوطني.

ولبحث هذا الموضوع نرى عرضه في ثلاثة مباحث : نعالج في الأول الإحالة بين القبول والرفض في المنظور التقليدي ، ونبحث في الثاني مسألة قبول الإحالة أو رفضها من منظور وظيفة قاعدة الإسناد (الحل الوظيفي)، ونطرح في الثالث فكرة الحل الوظيفي في شأن الإحالة لدى بعض التشريعات الحديثة .

المبحث الأول

الإحالة بين القبول والرفض في منظور الاتجاه التقليدي

حتى نتفهم موقف الاتجاه التقليدي - القابل للإحالة أو الرافض لها - يتعين علينا أن نطرح أولاً مشكلة الإحالة ذاتها (مطلب أول) تم نعرض لأنصار الإحالة (مطلب ثانٍ) ولخصومها (مطلب ثالث) مُظهِرين موقف المشرع منها في ضوء ما عليه العمل في القانون المقارن (مطلب رابع) .

المطلب الأول

مفهوم الإحالة وانواعها

المشكلة :

لو افترضنا أننا بصدد منازعة من منازعات القانون الدولي الخاص (أي منطوية على عنصر أجنبي حرّك قواعد الإسناد في قانون القاضي) مطروحة أمام القاضي في دولة الإمارات العربية المتحدة، وأشارت قاعدة الاسناد إلى تطبيق قانون أجنبي

وليكن القانون الهندي، فإن أول ما يثور هو : ما المقصود بالقانون الهندي الذي يرجع إليه القاضي الإماراتي ؟

وطرح هذا التساؤل يرجع، كما أشرنا، إلى أن كل قانون من القوانين -ومنها بطبيعة الحال القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد-يحوى نوعين من القواعد: قواعد موضوعية تعطي الحل المباشر للنزاع، وقواعد تنازع أو قواعد إسناد تشير إلى القانون المختص - كما رأينا - في العلاقات ذات العنصر الأجنبي .

إذن نحن بصدد مشكلة هي : ما المقصود بالقانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة الإسناد في قانون القاضي (الوطني) ؟ . **سبب المشكلة هو** : أن كل قانون يتضمن نوعين من القواعد، قواعد إسناد وقواعد موضوعية ، فأيهما يطبق القاضي ؟

الحل بطبيعة الحال لا يخرج عن واحد من فرضين : **الأول** ، أن نعني بالقانون الأجنبي (المختص بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية) مجموعة القواعد الموضوعية فيه . فإن قلنا بذلك كنا في هذه الحالة من رافضي الإحالة . **الثاني**، وفيه نقصد بالقانون الأجنبي القانون المختص في جملته وبحيث يتعين على القاضي الوطني أن يخاطب أولاً قواعد الإسناد في القانون الأجنبي للوقوف على القانون المختص ولا يطبق القواعد الموضوعية فيه إلا إذا أشارت إليها قواعد الإسناد الأجنبية . إن قلنا بذلك كنا من الآخذين بالإحالة.

والواقع من الأمر أن مواقف التشريعات وحلول القضاء وآراء الفقهاء قد تباينت في الإجابة على السؤال المطروح ، وهو تباين يوضح مدى الأخذ بالإحالة أو رفضها.

لمزيد من الإيضاح نسوق المثال التالي : فرنسي متوطن في دولة الإمارات العربية المتحدة مات فيها مخلفاً وراءه مبالغ مالية في البنوك العاملة بها . ثار نزاع بشأن تركته وتحديد الورثة وأنصبائهم أمام القاضي الإماراتي . وفقاً للمادة ٣/١٧ من قانون المعاملات المدنية في دولة الإمارات يخضع الميراث لقانون جنسية المتوفى وقت الوفاة . فما المقصود بالقانون الفرنسي - قانون جنسية المورِّث - الواجب التطبيق ؟ هل يطبق القاضي الإماراتي القواعد الموضوعية في القانون الفرنسي التي تحدد شروط استحقاق الإرث وصفة الورثة وأنصبتهم وحالات الحجب وغير ذلك من من المسائل (وهو قانون يعطي الحل المباشر للنزاع) أم يلزم تطبيق قواعد الإسناد في القانون الفرنسي ؟

والذي لا شك فيه أن تبني موقف معين من هذه المشكلة يستتبع غالباً اختلاف الحل النهائي للنزاع . فإن قلنا في المثال السابق أن القانون المختص هو القواعد الموضوعية المتعلقة بالميراث في القانون الفرنسي ، فإن نتيجة هذا الحل لا شك مختلفة عما لو قلنا بأن المقصود بالقانون الفرنسي هو قواعد الإسناد فيه . فاعتناق هذا الحل الأخير معناه أنه يجب على القاضي الإماراتي أن يبدأ بمخاطبة قاعدة الإسناد الفرنسية المتعلقة بالميراث ، وهذه القاعدة تقضي بأن القانون الواجب التطبيق على المنقولات هو قانون آخر موطن للمتوفى ، ولما كان المتوفى مات متوطناً في دولة الإمارات ، فإن معنى ذلك أن القاضي الإماراتي سيجد نفسه مطبقاً لقانون دولته بمقتضى الإحالة التي اسندها إليه القانون الفرنسي . التباين في القانون المختص سوف يستتبع باللزوم تبايناً في الحل النهائي للنزاع . ولعل ذلك من شأنه أن يبرز الأهمية العملية للمسألة .

متى تثور الإحالة ؟

يقرر الفقه أن اختلاف قواعد الإسناد من دولة لأخرى من شأنه أن يؤدي إلى وجود نوعين من التنازع بين هذه القواعد ذاتها : التنازع الإيجابي والتنازع السلبي . وفي معرض تحليله للمسألة يشير هذا الفقه إلى أن مشكلة الإحالة لا تعرض في الحالات الآتية :

أ - في حالة التنازع الإيجابي بين قواعد الإسناد : وصورة هذه الحالة أن تقرر قاعدة الاسناد في كل من القانونيين الوطني والأجنبي الاختصاص التشريعي لقانونها. **مثال هذه الحالة** : أن يثور نزاع متعلق بأهلية مواطن من دولة الإمارات العربية المتحدة متوطن في انجلترا . في هذه الحالة يختلف القانون المختص وفقاً لقاعدة الإسناد في القانون الإماراتي عن القانون المختص وفقاً لقواعد الإسناد في القانون الإنجليزي . فوفقاً لقاعدة الإسناد الإماراتية يكون القانون الإماراتي هو المختص بوصفه قانون جنسية الشخص ، بينما يكون هو القانون الإنجليزي ، قانون الموطن، وفقاً لقاعدة الإسناد الإنجليزية .

في هذا الفرض لا توجد ثمة مشكلة في حسم المسألة سواء أمام القاضي الإماراتي، أو أمام القاضي الانجليزي . فكل قاضي في الدولتين سوف يبدأ بتطبيق قواعد الإسناد المقررة في قانونه . وعلى ذلك فإن القاضي الإماراتي سيطبق على المنازعة قانون دولته نزولاً على حكم قاعدة الإسناد الواردة في قانونه (م ١١م.م.أ)، بينما سيطبق القاضي الإنجليزي قانونه انصياعاً لأمر مشرعه الذي أودع إرادته في قواعد الإسناد عنده

والتي تُخضِع أهلية الشخص لقانون موطنه .

ب -كما أن مسألة الإحالة لا تعرض في الفرض الذي تتماثل فيه قواعد الإسناد في كل من قانون دولة القاضي (القانون الوطني) وقانون الدولة الأجنبية (المشار إليه) . مثال ذلك أن تثور أمام القاضي الإماراتي منازعة متعلقة بأهلية مصري.في هذا الفرض ليس ثمة أدنى شبهة في أن القاضي الإماراتي سيطبق القانون المصري بوصفه قانون جنسية الشخص نزولاً على ما تقضي به قواعد الإسناد في قانون القاضي الإماراتي ، ولما كانت قاعدة الإسناد المصرية تقضي أيضاً بتطبيق قانون الجنسية ، فإن القاضي في دولة الإمارات العربية يطبق القواعد الموضوعية في القانون المصري مباشرة دون أدنى صعوبة .

لكن وجه المسألة يتغير في الفرض حيث يكون التنازع سلبياً بين قاعدة الإسنادفي قانون القاضي وقاعدة الإسناد في الدولة الأجنبية . ويقع هذا التنازع السلبي حينما تتخلى كل قاعدة من قواعد التنازع عن الاختصاص الذي انعقد لقانونها . في عبارة أخرى ، فإن التنازع السلبي يعرض عندما تختلف قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي عنها في قانون القاضي ، وذلك بأن تخول قاعدة الإسناد في قانون القاضي الاختصاص لقاعدة الإسناد في القانون الأجنبي ، فإذا بهذه القاعدة الأخيرة ترفض هذا الاختصاص وتحيل إلى قانون آخر ليحكم هذه المسألة . هذا القانون الآخر الذي تحيل عليه قاعدة الإسناد الأجنبية قد يكون هو قانون القاضي ، وقد يكون قانوناً آخر أجنبياً .

أنواع الإحالـة :

يقـرر الشـراح فـي القـانـون الدولي الخـاص أن للإحـالة نوعين : إحـالة من الدرجـة الأولى ، وإحالة من الدرجة الثانية .

<u>الإحالة من الدرجة الأولى :</u>

وفق هذا النوع مـن الإحالة تحيل قـاعـدة الإسـناد الأجنبيـة على قـانون القـاضي . وعلى ذلك فإن هذه الصورة تتحقق إذا توافرت المقتضيات الآتية :

- أن تشير قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيق قانون أجنبي .
- الإحـالة تعني أن المقـصـود بالقـانـون الأجنبي المخـتص القـانون الأجنبي في جملتـه ، بما يتعين معه على القاضي الوطني أن يبدأ أولاً بمخاطبة قـواعـد الإسناد فيه .
- بمراجعة القاضي الوطني لقواعد الإسناد في القانون الأجنبي يتكشف له أن القـانون الأجنبي يتـخلى عن اخـتـصـاصـه ويرده - في هذه الصـورة - إلى قـانون القـاضي نفسـه . مثـال هذه الحـالة أن تثـور أمـام القـاضـي في دولة الإمـارات العربيـة المتحدة منازعـة متـعلقة بميراث منقولات خاصـة بفرنسي مـتـوطن في دولة الإمـارات . في هذا المثـال إذا طبق القـاضي الإمـاراتي قـاعـدة الإسناد الوطنيـة الواردة في المادة ٣/١٧ من قـانون المعـامـلات المدنيـة، فإنه سيـعقد الاختـصـاص للقـانون الفرنسي بوصفه قـانون جنسيـة المتوفى وقت الوفاة . فإذا رجع القاضي إلى قاعدة الإسناد الفرنسيـة لوجد أنهـا تعقد الاختـصـاص في الميراث الوارد على منقول لقانون آخر مـوطن

للمتوفى وهو قانون دولة الإمارات العربية المتحدة . كما هو واضح، نرى في هذا المثال أن قاعدة الإسناد في القانون الفرنسي قد تخلت عن الاختصاص المعقود لها بمقتضى قاعدة الإسناد الإماراتية وردته من حيث أتى إلى القاضي الإماراتي .

<u>الإحالة من الدرجة الثانية :</u>

في هذه الصورة تتخلى قاعدة الإسناد الأجنبية أيضاً عن الاختصاص المعقود لها بمقتضي قاعدة الإسناد الوطنية تماماً كما هو الحال في الصورة الأولى . وكل ما هناك - وهذا هو وجه الخلاف بين الحالتين - أن قاعدة الإسناد الأجنبية هذه المرة قد ردت الاختصاص إلي قانون دولة أجنبية ثالثة وليس إلى قانون القاضي . مثال ذلك أن تثور أمام القاضي في دولة الإمارات العربية المتحدة منازعة متعلقة بميراث منقولات خاصة بإنجليزي متوطن في فرنسا . القانون الواجب التطبيق على الميراث أمام القاضي الإماراتي هو القانون الإنجليزي بوصفه قانون جنسية المتوفى . فإذا رجعنا إلى قواعد الإسناد في القانون الإنجليزي نجد أنها تعقد الاختصاص للقانون الفرنسي بوصفه قانون موطن المتوفى . واضح في هذا المثال أن القانون الإنجليزي قد تخلى عن الاختصاص الذي عقدته له قاعدة الإسناد في القانون الإماراتي ، تخلى عنه راداً إياه هذه المرة لا إلى القانون الإماراتي وإنما إلى قانون دولة من الغير - دولة ثالثة - هي فرنسا .

في هذه الصورة أو تلك من صور الإحالة يتعين على القاضي المطروح أمامه النزاع ذو الطبيعة الدولية أن يسأل نفسه : ما المقصود بالقانون الأجنبي الذي تشير قاعدة الإسناد بتطبيقه ، هل هو القانون الأجنبي في جملته بما فيه من قواعد إسناد

وقواعد موضوعية ، أم المقصود به وحسب هو القواعد الموضوعية ؟

إذا جاءت إجابة القاضي على نفسه - سواءً بناءً على أمر مشرعه أم اجتهاداً منه - أن المقصود بالقانون الأجنبي هو القواعد الموضوعية المتضمنة فيه ، كان معنى ذلك أن دولة هذا القاضي ترفض الإحالة ، أما إن جاءت الإجابة بأنه القانون الأجنبي الذي يجب تطبيقه هو هذا القانون برمته بما فيه من قواعد إسناد لكان معنى هذا تبني الإحالة والأخذ بها .

والحق أن مواقف التشريعات قد تباينت بشأن الإجابة على هذا التساؤل . هذا التباين تباين معه الحل النهائي للنزاع بحسب المحكمة المرفوع أمامها المنازعة وما إذا كانت تأخذ بالإحالة أم لا . يشهد بذلك حكم فورجو الذي فجّر هذه المشكلة .

فالواقع من الأمر أن الفقه لم يتلقف مشكلة الإحالة بالعناية والرعاية تأصيلاً وتحليلاً إلاَّ في أواخر القرن التاسع عشر ، على أثر قضية ذائعة الصيت طرحت أمام القضاء الفرنسي تُسمى بقضية فورجو Forgo . وتتحصل وقائع هذه القضية في أن ولداً طبيعياً بافاري الجنسية يدعى فورجو كان قد ولد في بافاريا . حدث أن انتقل فورجو مع أمه إلى فرنسا وهو في المهد صبياً لم يبلغ الخامسة من عمره وأقام بها إلى أن وافته منيته وهو في الثامنة والستين مُخلفاً وراءه ثروة منقولة ومن غير أن يكتسب فيها موطناً .

على أثر وفاة فورجو ثار نزاع بين أقاربه الطبيعين من الحواشي والدولة الفرنسية ممثلة في مصلحة الدومين العام ، وذلك لمعرفة من الذي تؤول إليه التركة بوصفه مستحقاً لها . جوهر المشكلة في هذه المنازعة كان يتمثل في تحديد القانون الواجب التطبيق على الميراث وما إذا كان هو القانون الفرنسي بوصفه قانون الموطن الفعلي

للمتوفى، أم القانون البافاري باعتباره قانون موطنه القانوني . ذلك أن الحل سوف يتباين بحسب ما إذا طبقنا هذا القانون أم ذاك . فإن قلنا بتطبيق القانون الفرنسي ، فإن مؤدى ذلك أن تؤول التركة للدولة الفرنسية بحسبان أن هذا القانون لا يورث الحواشي ومن ثم تكون التركة شاغرة . وإن قلنا بتطبيق القانون البافاري ، فإن ذلك يستتبع أيلولة التركة للحواشي لأنه يورثهم .

وحينما بلغت المنازعة ساحة قضاء محكمة استئناف بوردو قررت أن القانون الواجب التطبيق هو القانون البافاري الذي يورث الحواشي نزولاً على حكم قاعدة الإسناد الفرنسية المتعلقة بالمواريث والتي تعقد الاختصاص في ميراث الأموال المنقولة لقانون الموطن الأصلي للمتوفى . ولم تشأ محكمة النقض أن تقر محكمة استئناف بوردو على قضائها فنقضت حكمها ، الأمر الذي سمح لها أن تصوغ المبدأ التالي : كان يتعين على قضاة الموضوع أن يطبقوا قاعدة الإسناد المتضمنة في القانون البافاري - المختص - ، لا أن يطبقوا القواعد الموضوعية فيه والتي تعطي الحل المباشر للنزاع . ولما كانت قاعدة الإسناد في القانون البافاري تعقد الاختصاص للقانون الفرنسي بوصفه قانون الموطن الفعلي للمتوفى ، ولما كان القانون الفرنسي لا يورث حواشي الابن الطبيعي في هذا الزمن ، فإن مؤدى ذلك أن نكون إزاء تركة شاغرة لا وارث لها . وحالها كذلك ، فإنها - أي التركة - تؤول إلى الدولة متمثلة في إدارة الدومين العام [1]. **ويتضح من هذا الحكم أمران :**

أولهما - أن محكمة النقض رأت قبول الإحالة من الدرجة الأولى التي بعث بها القانون الأجنبي الواجب التطبيق ، وأنه يتعين على القاضي الفرنسي أن

(١) نقض مدني ٢٤ يونيه ١٨٧٨ - .D.P ١٨٧٩-١٥٦١ ، سيري ١٨٧٨ -١-٤٢٩ . واقرأ هذا الحكم عند باتيفول ولاجارد ، المرجع السابق ، فقرة ٣٠٠ ص ٤٩٢ .

يتلقف هذه الإحالة ويطبق القواعد الموضوعية في قانونه المحال إليه .

ثانيهما -أن الحل النهائي للنزاع لا شك مختلف بحسب ما إذا كنا نأخذ بالإحالة أم نرفضها . فلو أن محكمة النقض رفضت الإحالة وأيدت محكمة استئناف بوردو لآلت التركة إلى الحواشي . إلا أن المحكمة أخذت بالإحالة من الدرجة الأولى وألغت حكم الاستئناف وطبقت القانون الفرنسي فلم يثبت للحواشي الحق في الإرث، وغدت التركة شاغرة فآلت من ثم إلى الدرلة الفرنسية .

المطلب الثاني

مذهب رافضي الإحالة

مقتضى هذا الفقه - كما نعلم - أنه إذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي ، فإنه يجب أن يطبق وحسب القواعد الموضوعية في القانون المختص . فالإسناد إلى القانون الأجنبي هو إذن إسناد موضوعي لا إجمالي كما يقول أنصار الإحالة . وإعمال هذا الحل يبرره عند القائلين به جملة أسانيد أبرزها[1] :

أولاً: إن النقطة الجوهرية التي يجب الإنطلاق منها في تحليل المسائل تتمثل في أن دور قاعدة التنازع في قانون القاضي أنها تحدد القانون المختص . ومتى تحدد هذا القانون توضع الأقلام بالنسبة لمسائل تنازع القوانين ويلزم تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الذي انعقد له اختصاص دون التفات بعد ذلك لموقف المشرع الأجنبي من هذه المشكلة . بعبارة أخرى ، متى

(١) اقرأ في الرافضين ، فرانسيسكاكيس ، نظرية الإحالة وتنازع الأنظمة في القانون الدولي الخاص ، باريس ١٩٥٨، والمراجع المشار إليها فيه .

تحدد القانون لأجنبي الواجب التطبيق بمقتضي قاعدة الإسناد فلا وجه للرجوع إلى قواعد الإسناد في هذا القانون الأجنبي . فالمشرع الوطني – أي مشرع – حين يصوغ قواعد الإسناد إنما يصوغها في ضوء معطيات العلاقة باختيار ضابط الإسناد المستوحى من العنصر الذي يمثل مركز الثقل في العلاقة وصولاً إلى اختيار أنسب القوانين لحكمها . ويفعل المشرع ذلك، بطبيعة الحال ، غير متحرر من اعتبارات مصلحية يقدرها هو في بعض الظروف . معنى ذلك بوضوح أن المشرع الوطني ، عند وضعه لقاعدة التنازع ، إنما يشرِّع للعلاقة في ضوء المقتضيات التي تفرضها الحياة الخاصة الدولية دون أن يغفل عن وجود اعتبارات ذاتية تحكمها السياسة التشريعية لكل دولة من الدول[1] ." وما قواعد الإسناد إلا تعبيراً عن نظرة المشرع الوطني لهذه المقتضيات ومحاولة التوفيق بينها . ومن ثم يجب حسم النزاع وفقاً للقوعد الموضوعية للقانون الذي اختاره المشرع الوطني ، لأن هذا الاختيار هو الذي يحقق الهدف الذي توخاه المشرع الوطني. أما إذا تركنا حسم النزاع للقانون الذي تحدده قواعد الإسناد في القانون الأجنبي، فإننا نكون بذلك قد خضعنا لنظرة المشرع الأجنبي وتقديره للمقتضيات التي تملي الحل الواجب الاتباع في مجال العلاقات الدولية الخاصة، وهو ما يتنافى مع طبيعة قاعدة الإسناد والغرض منها "[2]. إلى ذلك ، فإنه ليس صحيحاً ما يقال من أنه ليس من الجائز أن نطبق قانون دولة أجنبية لا تعقد له قواعد الإسنادفي هذه الدولة الاختصاص. فهذا القول أساسه تصور خاطىء لوظيفة قاعدة الإسناد. فالمشرع

(١) الأستاذ مصطفى كامل ياسين، القانون الدولي الخاص ، دروس لاهاي ، ١٩٦٥، الجزء ١١٦ ص ٤٢٦ ومابعدها .
(٢) في طرح الحجة هذه على لسان القائلين بها ، الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، فقرة ٩٢ ص ١١١ .

الوطني، إذا قضى باختصاص قانون أجنبي، فإنه لا يعرض هذا الاختصاص عليه على سبيل المجاملة إن شاء رفضه وإن شاء قبله، وإنما العكس هو الصحيح . ذلك أن المشرع الوطني يأمر بتطبيق القانون الأجنبي، وعلى قاضيه الوطني الطاعة ولا يملك المشرع الأجنبي أن يُعدِّل أو يُغيِّر من مضمون هذا الأمر[1] . فواقع الأمر، أن المشرع الوطني، عند سنه لقواعد الإسناد ، إنما يتمثل فكرة جوهرية يسعى إليها تطبيق القواعد الموضوعية التي يرى فيها أكثر القواعد مناسبة لحكم العلاقة وتحقيق العدالة تحت ناظريه [2] .

واضح إذن أن هذا المذهب ينطلق من نقطة جوهرية : حسم تنازع القوانين يتم لمرة واحدة بمقتضى قواعد الإسناد المدرجة في قانون القاضي . فالمشرع الوطني - بوضعه لهذه القواعد - إنما يرمي إلى حسم هذا التنازع بنفسه باختيار أنسب القوانين ملاءمة لحكم العلاقة . وأنسب القوانين هو " القواعد الموضوعية " في القانون المشار إليه . وينطبق هذا القانون محمولاً على قواعده الموضوعية - لا قواعد الإسناد - على أساس أن هذا التنازع قد سبق حسمه بمقتضي قاعدة الإسناد الوطنية في الدولة التي ثار النزاع أمام قضائها[3] .

ثانياً : وبالإضافة إلى ما تقدم فإن الأخذ بالإحالة يوقع في حلقة مفرغة لا

---

(١) بنوبيه ، الجزء الثالث ، فقرة ١١٠ ص ٤٦٤ .

(٢) الدكتور هشام صادق ، المرجع السابق ، فقرة ٥٢ ، ص ١٧١ وما بعدها والمراجع المشارإليها فيه .

(٣) في محاولة لتفسير ذلك على ضوء مبدأ السيادة ، إقرأ Pillet ، المبادىء فقرة ٦٦ .

مخرج منها عندما تتابع الإحالة وتتوالى دون نهاية . وسنزيد الأمر إيضاحاً عند الكلام في حجج أنصار الإحالة .

المطلب الثالث

مذهب أنصار الإحالة

القائلون بالإحالة يرون أنه إذا ما أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلي قانون دولة أجنبية ، فإنه يجب على القاضي أن يبدأ أولاً بتطبيق قواعد الاسناد في هذا القانون . ويرتكن أصحاب هذا النظر إلى مبررات عدة نعرض لأهمها مبينين مايرد به خصوم الإحالة في شأنها :

١ - إن أول ما يجب الاعتناء به في شأن المنازعات ذات الطبيعة الدولية هو أنه إذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية أمام القاضي إلي تطبيق قانون أجنبي، فإنه يجب النظر إلى هذا القانون بوصفه وحدة واحدة،كلاً لا يتجزأ، مركباً من قواعد الإسناد والقواعد الموضوعية. وإعمال القاضي للقانون الأجنبي في جملته يفرض عليه أن يبدأ بتطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المشار إليه . وهذا أمر طبيعي بحسبان أن الأمر يتعلق بمسألة تتنازع فيها القوانين . وترتيباً على ذلك ، لا يطبق القاضي القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي إلا إذا أشارت إليها قواعد الإسناد فيه . والخروج على هذا الترتيب والرجوع مباشرة إلى القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي يعني إهداراً لإرادة المشرع الأجنبي، وتطبيقاً للقانون الأجنبي في غير الحالات التي أرادها له مشرِّعه .

قوام هذه الحجة إذن أن القانون الأجنبي المختص بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية، هو وحدة واحدة لا تتجزأ ، وأنه لا محل لأن يحمل معناه ، عند تطبيقه ، على القواعد الموضوعية وحدها . فهذا الأخير لا يطبق إلا إذا أشارت إليه قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي ذاته، بحسبان أن" القواعد الموضوعية مرتبطة في تطبيقها بقواعد الإسناد إرتباط الإنسان بظله "[1].

ولم تَرقْ هذه الحجة لخصوم الإحالة فأشبعوها نقداً وتجريحاً. فهم يرون أن في سَوق هذه الحجة " خلطاً بين نظامين جد مختلفين " النظام الداخلي والنظام الدولي ، فإذا كان المشرع الوطني قد قبل مختاراً تطبيق القانون الأجنبي فهذا لا يعني أنه قبل أن يتخلى للقانون الأجنبي عن المهمة التي عرض لها هو أي حل النزاع "[2].

فوق ذلك ،فإنه لا يصح القول،لتبرير الإحالة، بأنه يجب النظر إلى القانون الأجنبي (المختص بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية) بوصفه كلاً لا يتجزأ.فهذا القول لا يقيم تفرقة بين أمور يتعين التفريق بينها من جانب،ويضعنا على سلّم " الطاحونة " التي تدور بلا توقف من جانب أخر .

فمن ناحية أولى يلزم التفريق بين قواعد الإسناد في القانون الأجنبي والقواعد الموضوعية فيه . فالأولى تتكفل بتحديد الحالات التي ينطبق فيها القانون الأجنبي بالنسبة للقانون الوطني ، بينما الثانية تعني بالفصل في المسألة موضوع النزاع

(١) أستاذنا الدكتور فؤاد رياض وهو بصدد عرض هذه الحجة ، المرجع السابق ، فقرة ٩٠ ص ١٠٩ .

(٢) الدكتور منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق، ص١١٠، بنوابيه ، الجزء الثالث، فقرة ١٠٠٩ص٤٦٢، دروس، فقرة ٤٩١.

مباشرة [1] . ومن ناحية ثانية ، فإن الأخذ بفكرة وحدة القانون الأجنبي واعتباره كلاً لا يتجزأ يؤدي بنا إلى الوقوع في حلقة مفرغة . إذ من المتصور أن تتوالى الإحالة إلى ما لا نهاية وتدور " الطاحونة الهوائية " بلا توقف ، وتصبح القوانين كالمرايا المتقابلة [2] . ويضرب الفقهاء للتدليل على الطريق المسدود الذي توقعنا فيه فكرة الأخذ بالإحالة المثال الآتي : لو افترضنا أن انجليزياً كان يتخذ من فرنسا موطناً له ، فإنه إذا ثار نزاع بشأن أهلية هذا الشخص أمام القضاء الفرنسي ، فإنه سيطبق القانون الانجليزي بوصفه قانون جنسيته . فإذا ما رجع القاضي الفرنسي إلى القانون الانجليزي بوصفه كلاً لا يتجزأ، وبدأ بتطبيق قواعد الإسناد فيه كما يقرر أنصار الإحالة، لأفضى به الحال إلى تطبيق القانون الفرنسي نزولاً على حكم قاعدة الإسناد فيه التي تقضي بتطبيق قانون الموطن .. وهكذا ذهاباً وإياباً دون أن نصل إلى حل .

دائرة الحلقة المفرغة تتسع في الحالات التي تكون فيها الإحالة من الدرجة الثانية ،أي تلك التي تتم إلي دولة ثالثة لا إلى دولة القاضي (الإحالة من الدرجة الأولى) . خذ على ذلك مثالاً : إذا أثير نزاع أمام القاضي الفرنسي متعلق بالحالة الشخصية لانجليزي متوطن في بلجيكا ، فإن قاعدة الإسناد الفرنسية تعقد الاختصاص للقانون الانجليزي بوصفه قانون جنسية المعني بالأمر . وقواعد الإسناد في القانون الانجليزي تعقد الاختصاص للقانون البلجيكي بوصفه قانون موطن

---

(١) الدكتور جابر جاد عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص ٦٢٧ - ٦٢٨ .

(٢) فقد شبه البعض الإحالة وما تودي إليه من الدوران في حلقة مفرغة بغرفة المرايا المتقابلة التي تحدث كل منها انعكاساتها على الأخرى، بينما شبهها البعض الآخر بلعبة التنس الدولية، وقد ذهب جانب ثالث إلى حد تشبيهها بحيوان " الكاتوبليبا " وهو حيوان اسطوري من حيوانات القرون الوسطى يأكل أطرافه . انظر في ذلك فرانسيسكاكيس، موسوعة القانون الدولي تحت عنوان " الإحالة " ، فقرة ٢٥ ، باتيفول ولاجارد ، المرجع السابق ، فقرة ٣٠٢ ص ٤٩٤.

الشخص . فإذا أخذنا بالإحالة لكان معنى ذلك ضرورة الرجوع إلى قواعد الإسناد في القانون البلجيكي إذ ليس ثمة أي سبب منطقي يجعلنا لا نخاطب قواعد الإسناد في هذا القانون . وعند ذاك لا يخرج الأمر عن واحد من فرضين : إما أن يحيل القانون البلجيكي الاختصاص إلى قانون آخر جديد ، ولا يوجد مبرر معقول يجعلنا نتوقف عند هذا الحد . والنتيجة في هذه الحالة هي الدخول في " دائرة الطاحونة " التي لا تتوقف حيث تتوالي الإحالات إلى مالا نهاية ، وإما أن يحيل القانون البلجيكي إلي القانون الانجليزي نفسه ، وهو الأمر الذي يعيدنا مرة أخرى إلى دائرة الحلقة المفرغة فنبدأ في تسلسل الإحالة اللانهائي من جديد .

ولئن وجدت فكرة الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى - وتطبيق القواعد الموضوعية في قانون القاضي المحال إليه - نكتة تسندها بحسبان أن فيها مخرجاً من دائرة الحلقة المفرغة، فإن ذلك منتفٍ في شأن الإحالة من الدرجة الثانية . ذلك أنه إذا أحال قانون أجنبي على قانون آخر، فإنه لا يوجد ثمة أي مبرر منطقي يدعو الباحث إلى الاختيار بين هذه القوانين والوقوف بالإحالة عند حد معين (١).

أكثر من هذا فإن خصوم الإحالة يقررون أن المنطق يقضي بعدم الوقوف بالإحالة عند الدرجة الأولى للخروج من دائرة الحلقة المفرغة التي لا نهاية لها . فهذا القول بذاته يشهد بفساد النظرية . إذ لو استقام منطق الأخذ بالإحالة لوجب متابعة توالي الإحالة إلى نهايته ووجب على القاضي أن يرجع إلى القانون الأجنبي مبتدئاً دائماً بقواعد الإسناد فيه . والنتيجة في كل حال : دورة الطاحونة التي لا تقف والتسلسل الذي لا نهاية له (٢).

---

(١) باتيفول ولاجارد ، المرجع السابق ص ٤٩٤ .

(٢) الدكتور هشام صادق ، المرجع السابق ، ص ١٧٢.

٢ - ويضيف أنصار نظرية الإحالة حجة أخرى مفادها أنه إذا بدأنا بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي ومن غير أن يكون هذا الاختصاص قد تحدد بمقتضى قاعدة الإسناد الأجنبية ذاتها، لانْطَوى ذلك على مخالفة مزدوجة : مخالفة لقاعدة الإسناد الوطنية حيث سنطبق قانوناً غير الذي تفرض قاعدة الإسناد الوطنية تطبيقه ، ومخالفة لإرادة المشرع الأجنبي حيث سيطبق القاضي الوطني القانون الأجنبي في حالات لا يرى المشرع الأجنبي خضوعها له . وفي هذه المخالفة وتلك انحراف بقاعدة الإسناد عن وظيفتها من ناحية، وتحوير للقانون الأجنبي وتغيير لطبيعته يعني في نهاية المطاف إهداراً لإرادة المشرع الأجنبي وإهداراً للسيادة التشريعية للدولة الأجنبية [١] .

٣ - بالإضافة إلى ذلك فإن الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى أمر ينسجم والأحكام العامة في القانون الدولي الخاص التي تُغَلّب النزعة الوطنية في حلول التنازع . كما أن الاعتبارات العملية المتمثلة في إلمام القاضي بقانونه ونزوعه إلى تطبيقه ما أمكن إلى ذلك سبيلا، أمور ترجح الأخذ بالإحالة في هذه الحالة .

على أن هذا الحل ليس فوق التجريح بالنسبة لخصوم الإحالة . إذ لو سلمنا بالأخذ بالإحالة لاعتبارات منطقية وقانونية سليمة لوجب متابعة

(١) وللخروج من هذه الدائرة " اللانهائية " حاول الفقه الفرنسي جاهداً أن يجد مخرجاً للتغلب على هذه المشكلة، فمنهم من اقترح وجود تدرج في ضوابط الاسناد ، ومنهم من ارتكن إلى فكرة وجود قاعدة إسناد احتياطية في قانون القاضي وضعت خصيصاً لعلاج الحالات التي يمكن أن تترتب على فكرة التنازع السلبي بين قواعد الإسناد ، ومنهم من رأى في فكرة التعايش بين النظم القانونية الحل النموذجي الذي يمكن معه التغلب على هذا العيب . راجع في ذلك وفي تفاصيل أخرى ، فرانسيسكاكيس ، موسوعة القانون الدولي ، فقرة ٢٦ وما بعدها .

منطق الأخذ بها إلى ما لا نهاية دون التوقف فيها عند حد معين .

٤ - وهناك أيضاً من يري أن للإحالة فضل تحقيق التناسق بين النظم القانونية وتوحيد الحلول فيها في الدول التي تكون على اتصال بالعلاقة . فإذا قبل القاضي الوطني الإحالة فإنه لا يفعل أكثر من أنه يحل نفسه محل القاضي الأجنبي فيما لو طرح النزاع عليه . بعبارة أخرى، فإن القاضي الذي يقبل الإحالة إنما يفصل في النزاع كما يفصل فيه نظيره الأجنبي (في الدولة الأجنبية التي تشير إليها قاعدة الإسناد) ذلك أنه سيبدأ ، بطبيعة الحال، بتطبيق قاعدة الإسنادفي قانونه إذا ما عُرِض عليه النزاع[1] .

والحال كذلك ، فإن ثمرة الاخذ بالاحالة هي توحيد الحلول في مجال المعاملات الدولية : فالحل لا يختلف أرفعت المنازعة أمام القاضي الوطني أو أمام القضاء الأجنبي . ويترتب على ذلك الانسجام نتيجة فذة لها قيمة عملية بالغة : أن يكون الحكم الصادر من المحاكم الوطنية قابلاً للإعتراف به وتنفيذه في الدولة التي تشير قاعدة الإسناد الوطنية بتطبيق قانونها سيما في الفرض الذي تتطلب فيه دولة التنفيذ أن يكون الحكم الأجنبي (المراد تنفيذه) قد احترم أحكام القانون الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد عندها. وهذا القول مردود ، تحت بصر خصوم الإحالة من ناحيتين :

أولاً: ليس صحيحاً أن الإحال تؤدي إلى توحيد الحلول بين الدول التي تكون العلاقة القانونية على اتصال بها . فتوحيد الحلول المقُال به يفترض لقيامه

(١) بنوييه ، دروس ، فقرة ٤٩٤ ص ٤٧٨ .

أمراً جوهرياً : أن يتابين موقف الدول من الاخذ بالإحالة ؛ بمعنى أن يأخذ بها بعضها ويرفض العمل بها البعض الآخر [1] . ولئن حدث ذلك عملاً فسوف يكون هذا بذاته شاهداً على وهن الأساس الذي ترتكن إليه الإحالة، إذ لو سَلِمَ أساسها وحَسُن منطقها لأخذت بها التشريعات جميعاً .

خذ أمثلة تشهد بأن ليس في أخذ التشريعات بالإحالة ما من شأنه أن يؤدي إلى التناسق والتوحيد في الحلول : لنفترض مثلاً أن كلاً من المشرع الفرنسي والإنجليزي يأخذ بالإحالة في مسائل الأهلية . فإذا أثيرت منازعة أمام القضاء الفرنسي متعلقة بأهلية انجليزي متوطن في فرنسا ، فإن القاضي الفرنسي سيطبق القانون الإنجليزي (قانون جنسية الشخص نزولاً على حكم قاعدة الإسناد الفرنسية) الذي سيحيل بدوره إلى القانون الفرنسي قانون موطن الشخص . وفي المقابل الآخر، إذا أثيرت المنازعة أمام القاضي الإنجليزي فإنه سيطبق القانون الفرنسي (بوصفه قانون موطنه) الذي سيحيل بدوره إلى القانون الإنجليز بوصفه قانون الجنسية . ولا شك في أن الحل الذي سيأخذ به القاضي الإنجليزي مغاير لذلك الذي سيأخذ به القاضي الفرنسي .

أيضاً في قضية فورجو التي فجرت مشكلة الاحالة من الدرجة الأولى أمام القضاء الفرنسي ، لو تصورنا أن النزاع قد طرح أولاً على القضاء البافاري لانتهى إلى تطبيق القانون الفرنسي بمقتضى قاعدة الإسناد البافارية ، فلو أخذ القاضي البافاري بالإحالة لرجع مرة أخرى إلى قانونه

---

(١) في فرنسا هولوفوبيه ودولابراديل ، القانون الدولي الخاص ، المرجع السابق ، فقرة ٤٩٢ ص ٢٤٩ .وفي مصر ، الدكتور جابر جاد عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص ٦٢٩ .

أخذاً بقاعدة الإسناد الفرنسية التي تحيل الحكم لقانون موطن المتوفى . النتيجة : القضاء البافاري كان سيطبق القانون البافاري ، والقضاء الفرنسي كان سيعمل القانون الفرنسي . والحل في هذا الجانب مغاير للذي يقول به الجانب الآخر . فكيف يمكن القول ، بعد ذلك ، بأن هناك وحدة في الحلول بفضل الإحالة ؟

والبادي من هذا الذي أوضحناه أن وحدة الحلول لا تتأتي إلاَّ إذا آمن بالإحالة فريق من التشريعات دون فريق . وإن علقنا وحدة الحلول على هذا الاقتضاء - على غرار ما قاله أنصار الإحالة - لكان فيما يقولون به شاهداً على عدم سلامة النظرية ذاتها. إذ لو استقام أمرها لآمن الجميع بها.

ثانياً : إن في القول بأن الأخذ بالإحالة من شأنه أن يؤدي إلي تيسير تنفيذ الأحكام الأجنبية ، قصوراً يعجز عن تغطية بعض الفروض ، أساسه اعتبارات عملية لا قانونية :

- قول فيه قصور إذ هو يفترض بداءة أن الحكم سوف ينفذ في دولة محددة معروفة سلفاً هي الدولة التي أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي بتطبيق قانونها . وفي هذا الافتراض لزوم ما لا يلزم . فقد يتم تنفيذ الحكم في هذه الدولة وقد يتم تنفيذه في غيرها ، دولة القاضي نفسه أو دولة ثالثة على حسب الأحوال . زد على ذلك ، فإن ثمة حالات يصعب

فيها التنبؤ مقدماً بمعرفة مكان التنفيذ[1] . فلو افترضنا مثلاً أن كان المطلوب هو الحكم على مدين معين بدفع مبلغ من المال ، فإن الحكم عادة مايتم تنفيذه في الدولة التي يوجد فيها أموال للمدين يمكن التنفيذ عليها. وغالباً ما لا يكون مكان وجود هذه الأموال معروفاً وقت نظر الدعوى[2] وخاصة إذا تعلق الأمر بالتنفيذ على منقولات .

وإذا افترضنا جدلاً أن الحكم سينفذ في الدولة التي أشارت قاعدة الإسناد بتطبيق قانونها ، فقد يحدث ألا يعلّق قانون هذه الدولة تنفيذ الأحكام الأجنبية عنده على اشتراط تطبيق قضاء الدولة المصدرة للحكم للقانون المختص وفقاً لقواعد الإسناد فيها كما هو الحال في القانون المصري وقانون دولة الإمارات العربية المتحدة. فوق ذلك فإن من " المحتمل أن يكون الحكم الصادر مطلوباً تنفيذه في عدة دول يقر بعضها الإحالة ولا يقرها البعض الآخر ، فكيف يكون العمل ؟ وحتى في حدود البلد الذي يأخذ بالإحالة هل من المؤكد أن قضاته سيجدون الحكم هو عين ما كانوا يحكمون به لو أن المسألة عرضت عليهم من باديء الأمر" [3] .

(١) Lewald ، نظرة الإحالة ، دراسات لاهاي ، ١٩٢٩ - مجلد ٢٩ ص ٥٢٣ وما بعدها ، انظر بالتحديد ص ٥٣٠ ، Niboyet ، دروس ، فقرة ٤٩٥ .

(٢) بنوبيه ، الجزء الثالث، فقرة ١٠١٠، ص ٤٦٤، الدكتور منصور مصطفى منصور، المرجع السابق ،ص ١١٢.

(٣) الدكتور جابر جاد عبدالرحمن ، المرجع السابق ، ص ٦٢٩.

المطلب الرابع

موقف المشرع في دولة الإمارات العربية المتحدة من الإحالة

أخذ المشرع في دولة الإمارات العربية المتحدة بالإحالة من الدرجة الأولى مخالفاً بذلك غالبية التشريعات العربية التي رفضت الإحالة تماماً . والناظرفي موقف التشريعات في القانون المقارن يلحظ تبايناً في مسلكها . نعرض لهذا الوضع (أولاً) ثم نشرح موقف المشرع الإماراتي (ثانياً) :

أولاً : الإحالة في القانون المقارن :

موقف التشريعات إزاء الإحالة متباين . فهناك من لفظها وناصبها العداء، وهناك من استحسن الأخذ بها. والمستحسنون بدورهم مختلفون بين آخذ بها متى كانت من الدرجة الأولى وحدها وبين مقبل عليها أكانت من الدرجة الأولى أم من الدرجة الثانية. فالتشريعات العربية في غالبيتها رفضت الإحالة. وهذا هو ما فعله المشرع المصري (م ٢٧ مدني) والعراقي[1] (م ٣١ مدني)والسوري (م ٢٩ مدني) والليبي (م ٢٧ مدني) والأردني (م ٢٢ مدني) ، والسوداني (م ١/١٦ من القانون المدني لسنة ١٩٨٤)، والكويتي (م ٧٢ من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١) . فوق أنه قد فسر صمت بعض التشريعات وعدم تحديدها لموقف قاطع من مشكلة الإحالة ،

(١)) هذا ، مع ملاحظة أن المشرع العراقي قد خرج على هذا المبدأ العام منتهجاً سلوك اتفاقيات جنيف وذلك عندما قرر في المادة ٤٢٤ من قانون التجارة رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ أنه " يرجع في تحديد أهلية الملتزم بمقتضى السفتجة (الكمبيالة) إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الملتزم بجنسيته ، فإن أحال هذا القانون إلى قانون دولة أخرى كان قانون تلك الدولة هو الواجب التطبيق " ، وقد رجحنا الأخذ بهذا الإستثناء أيضاً في الشيك والسند لأمر . راجع في التفاصيل مؤلفنا : تنازع القوانين في الأوراق التجارية ، الطبعة الثانية ١٩٩٥ ص ١٠٧ وما بعدها .

كما هو الحال في القانون الجزائري[1]، على أنه رفض لها بنوعيها.

وقد رفض الأخذ بالإحالة أيضاً العديد من القوانين الأجنبية والاتفاقات الدولية، من ذلك القانون السويسري [2] (م ١٤ من قانون ١٨ ديسمبر١٩٨٧) وقانون الكيبك (المادة ٣٨٠ من قانون ١٨ ديسمبر ١٩٩١) وقانون ولاية لويزيانا [3] (المادة ٣٥١٧ لقانون ١٩٩١) والقانون الإيطالي (م ٣٠ مدني لسنة ١٩٤٢) و القانون الهولندي[4]، والقانون اليوناني، وفي الدول الاسكندنافية [5]. والحل عينه سلكته بعض الاتفاقات الدولية[6].

وعلى النقيض من الموقف المتقدم بارَكَ جانب آخر من التشريعات الأخذ بالإحالة . فقد أخذ بها القضاء الفرنسي بدرجتيها الأولى والثانية [7] ، وأعملها القضاء اللبناني [8]والإنجليزي [9]، والبلجيكي[10] ، ونص عليها صراحة القانون

(١) في هذا المعنى ، Peyrard في تعليقه على قواعد تنازع القوانين في القانون المدني الجزائري، المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص ، ١٩٧٧ ص ٣٨٦ وما بعدها ، الدكتور عز الدين عبد الله، قواعد تنازع القوانين في القانون المدني الجزائري الجديد، دراسة مقارنة في قوانين بعض الدول العربية، مصر المعاصرة - اكتوبر ١٩٧٩ - السنة السبعون العدد (٣٧٨) ، ص ٤١٧ ومابعدها ، انظر بالتحديد ص ٤٢٧ .

(٢) عدا بعض إستثناءات محدودة خاصة بالحالة المدنية للأشخاص .

(٣) باتيفول ولاجارد ، المرجع السابق ، ص ٤٩٦ .

(٤) باتيفول ولاجارد ، المرجع السابق، ص ٤٩٦.

(٥) باتيفول ولاجارد ، المرجع والموضع السابقين .

(٦) باتيفول ولاجارد ، المرجع السابق ، ص ٤٩٤ .

(٧) راجع في التفاصيل، برنار أودي، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، فقرة ٢١٨ وما بعدها ص١٨٤وما بعدها

(٨) الدكتور سامي بديع منصور ، المرجع السابق ، ص ٦٠٦ وما بعدها .

(٩) دايسي - موريس ، ص ٧٩ وما بعدها .

(١٠) Rigaux ، القانون الدولي الخاص ، الجزء الأول ، فقرة ٣٩٢ .

الألماني لسنة ١٩٨٦ (م ٤/١)، والقانون النمساوي (م ٥ من قانون ١٥ يونيه لسنة ١٩٧٨) والقانون البولندي (م ٤ من قانون ١٢ نوفمبر لسنة ١٩٦٥) والبرتغالي (المواد من ١٧ - ١٩ من القانون المدني لسنة ١٩٦٦) والتركي (م ٣/٢ من قانون ٢٠ مايو ١٩٨٢) والتشيكوسلوفاكي (م ٣٥ من قانون ٤ ديسمبر ١٩٦٣) والقانون اليوغسلافي (م ٦ من قانون ١٥ يوليه ١٩٨٢) .

كما أخذ بالإحالة من الدرجة الأولى جانب آخر من التشريعات . من ذلك القانون الأسباني (م ٢/١٢ من قانون ٣١ مايو ١٩٧٤) ، والمجري (م ٤ من قانون ١٩٧٩) والياباني (م ٣٢ من قانون ١٩٨٩)[1] والقانون السوداني (م ٣٣ من القانون المدني القديم لسنة ١٩٧١)، وقانون المعاملات المدنية في دولة الإمارات العربية المتحدة (م ٢/٢٦)، والمادة ٨٧ من المشروع العربي الموحد .

ثانياً : المشرع الإماراتي والإحالة من الدرجة الأولى :

انحاز المشرع في دولة الإمارات العربية المتحدة إلى الإحالة من الدرجة الأولى وحدها ، أي تلك التي تتم إلى قانون دولة القاضي . وفي ذلك تنص المادة ٢٦ من قانون المعاملات المدنية على أنه " ١ - إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص. ٢ - على أنه يطبق قانون دولة الإمارات العربية المتحدة، إذا أحالت على قواعده نصوص القانون الدولي المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق " .

والبيِّن من هذا النص أن المبدأ في القانون الإماراتي هو رفض الإحالة ، والإستثناء هو قبولها متى كانت من الدرجة الأولى ، أي متى تمت الإحالة على

(١) المجلة الإنتقادية ١٩٩٠ ص ٨٤٤ .

قانون القاضي الإماراتي . إذفي هذه الحالة يقبل المشرع الإماراتي الإحالة المرسلة إليه من قواعد الإسناد الأجنبية . ولئن أراد القاضي الإماراتي أن يضع هذا النص موضع إعمال فإن عليه أن يتبع الخطوات الآتية :

- يبدأ أولاً بمخاطبة قاعدة الإسناد الأجنبية في القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية . ولن يخرج الأمر عن واحد من فرضين :

* أن تشير قاعدة الإسناد الأجنبية إلى تطبيق القانون الإماراتي . في هذا الفرض يقبل المشرع الإماراتي هذه الإحالة المسماة بالإحالة من الدرجة الأولى وبحيث يتعين عليه أن يطبق القواعد الموضوعية في قانونه ، أي تلك القواعد التي تعطي الحل المباشر للمنازعة المطروحة أمامه .

* أو أن تشير هذه القاعدة إلى تطبيق قانون دولة أجنبية ثالثة . عند ذلك يعرض عن هذا القانون الأجنبي برمته ، ويعود القاضي الإماراتي إلى القانون الأجنبي المختص بمقتضى قاعدة الإسناد فيطبق القواعد الموضوعية فيه غير عابىء بقاعدة الإسناد ، إذ ذلك هو مقتضى الأصل عنده وهو رفض الإحالة .

- والحال كذلك ، فإنه يتعين على القاضي الإماراتي ، وهو بصدد بحثه عن القانون الواجب التطبيق على العلاقة الخاصة ذات العنصر الأجنبي المطروحة أمامه ، أن يكلف الخصوم أولاً باثبات قاعدة الإسناد الأجنبية في القانون المختص ، قبل أن يكلفهم باثبات مضمون الحكم الموضوعي في القانون الأجنبي . ومرد ذلك ببساطة هو أن قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المختص قد تعقد الاختصاص لقانون القاضي ، فيكون على

القاضي الإماراتي آنئذٍ أن يطبق القواعد الموضوعية في قانونه نزولاً على حكم المادة ٢/٢٦ من قانون المعاملات المدنية وإلاَّ كان حكمه معيباً للخطأ في تطبيق القانون الوطني، إذهو لم يطبقه في فرض كان يجب تطبيقه فيه.

مبررات هذا الحل :

يبدو أن المشرع الإماراتي قد أخذ بالإحالة من الدرجة الأولى استجابة لاتجاه فقهي وقضائي ارتفع صوته في مصر والخارج يدعو إلى الأخذ بها . ويستند أصحاب هذا النظر ، في الفقه والقضاء إلى جملة تبريرات أهمها :

- أن قبول الإحالة من القانون الأجنبي إلى قانون القاضي قد يحقق حماية المصالح الوطنية في بعض الفروض :[1] فلو عاد الزمن دورته وطرحت قضية " فرجو " أمام القضاء في دولة الإمارات العربية المتحدة وأحال القانون البافاري إلى القانون الإماراتي لكان لنا أن نتصور فائدة هذا الحل المتمثل في أيلولة المال إلى خزائن دولة الإمارات العربية ، وفي ذلك مصلحة عامة ولا شك .

- إن في قبول الإحالة من الدرجة الأولى تيسيراً على القضاة ، حيث سيطبق القاضي الإماراتي قانونه الوطني فيتجنب بذلك عناء البحث عن مضمون القانون الأجنبي [2] . فالقاضي الوطني يرتاح لإعمال قانونه أكثر من ارتياحه لتطبيق القانون الأجنبي . إلى ذلك فإن القاضي يطبق قانونه بصورة

(١) انظر على سبيل المثال الاستاذ كامل ياسين ، المقال السابق ، ص ٤٣٠ وما بعدها عند تبريره لأخذ القضاء الفرنسي للإحالة من الدرجة الأولى .

(٢) الدكتور حامد زكي ، القانون الدولي الخاص المصري ، الطبعة الأولى ، ص ٢١٦ وفي تأبيده الدكتور هشام صادق، المرجع السابق ، ص ١٩٤ .

أفـضل من تطبـيـقـه للقـانون الأجنبي [1] ، لأنه لا يعـرف هذا القـانون[2] جـيـداً . فـوق هذا فـإن القـاضي وهو يطبق قـانونه لن يواجـه بالمشـاكل التي تواجهـه عـادة عند تطبـيـقـه للقـانون الأجنبي،كـأن يكون هذا الأخـيـر مخالفاً للنظام العام في دولته .علاوة على ذلك، فإن القاضي بقبوله الإحالة من الدرجة الأولى وتطبـيـقـه لقـانونه الوطني إنما يتـرجم مـبـدأ الفـاعليـة والواقـعـيـة ، إذ الغـالب أن يكون قانون القـاضي - في هذه الحـالة - على اتصـال بالمنازعـة المطروحة عليـه [3] . ومن المعلوم أن مـبـدأ الواقـعـيـة هذا هو محور نظرية التنازع برمتها .

- إن الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى لن يتعـارض مع وظيفة قاعدة الإسناد بل على العكس من ذلك سيكون أكثر تحقيقاً لأهـــدافها . إذ لا شـك أن تطبـيق القـاضي الوطني لقـانونـه سـيكون مـقـبـولاً من النظام القـانوني في دولتـه، إذ سيؤدي إلى إستقرار الحياة القانونية والمعامـــلات داخـل إقليـم الدولة ، وإلى توحيد القواعد الموضوعية المطبقة بواسطة القاضي الوطني سواء كانت العلاقة وطنية بحتة أم ذات طابع دولي . "ولن يكون في هذا التـحـقـيق أي مـسـاس بالنظام القـانوني الأجنبي المتـصل بالعـلاقـة نظراً لأن هذا التطبـيـق قـدتم بنـاء على الإحـالة الصـادرة من النظام القـانوني الأجنبي ذاته ؛ فـتطبـيق القـاضي الوطني لقانونه إنما كـان نتـيجة للأخذ بما تقـضي به قاعدة الاسناد التي يتضمنها القانون الأجنبي ذاته "[4].

---

(١) باتيفول ولاجارد ، المرجع السابق ، فقرة ٣٠٤ ص ٤٩٧ وما بعدها .

(٢) مايير ، المرجع السابق ، فقرة ٢٢٩ ص ١٥٣ .

(٣) مايير، المرجع والموضع السابقين .

(٤) الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، فقرة ١٠١ ص ١١٩ .

- إن الأخذ بالإحالة إلى قانون القاضي الإماراتي هو حل ينسجم تماماً مع مسلك المشرع من حيث نظرته إلى مجمل قواعد التنازع ومن أن السيادة الإقليمية تحت بصره هي الأصل في سلطان القانون .فالمشرع الإماراتي قد توسع إلى حد بعيد في تطبيق القانون الوطني . ولذلك فإن مسلكه في خصوص الإحالة وقبولها من الدرجة الأولى هو مسلك ينسجم تماماً مع مجمل مذهبه . ويبدو أن المشرع في دولة الإمارات قد آمن بما ذهب إليه جانب من الفقه التقليدي في مصر حين أكد أن الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى " هو إعمال للسيادة الإقليمية لقانون القاضي ترتب على رفض القانون الأجنبي الاختصاص الذي يقرره له قانون القاضي "[1].

المبحث الثاني

قبول الإحالة او رفضها في منظور وظيفة قاعدة الاسناد

(الحل الوظيفي)

من غير أن نصادر على التحليل الذي سوف سنجريه نؤكد أننا نرفض طريقة الفقه التقليدي في التصدي للمسألة سواء من قال منهم بقبول الإحالة أو برفضها . والأدق في رأينا انتهاج مانسميه بفكرة الحل الوظيفي بحيث تكون الإحالة مقبولة أو مرفوضة من حيث المبدأ والمدى في ضوء غاية قاعدة الإسناد ووظيفتها. ولإبراز هذه الوجهة من النظر نبحث في ملامح الحل الذي نقول به ومضمون فكرة الحل الوظيفي (مطلب أول) ، ثم نعرض لتطبيقاتٍ له في ضوء مسح شامل لوظيفة مختلف قواعد الإسناد (مطلب ثانٍ) ، ونختتم هذا المبحث بتقدير موقف المشرع المصري ومن على شاكلته من التشريعات الرافضة للإحالة (مطلب ثالث) .

(١) الدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص ١٦١ ، وفي فرنسا بنوبيه ، المختصر ، فقرة ٤٩٨.

المطلب الأول

فكرة الحل الوظيفي والموقف من الإحالة قبولا او رفضا

مضمون الفكرة : الحل الوظيفي[1] في مسألة الإحالة يعني ببساطة ألا نكرس حلاً عاماً مجرداً ينطبق في كافة الحالات وجميع الفروض ، سواء أكان هذا الحل بقبول الإحالة أم برفضها. ففكرة الحل الوظيفي قوامها عدم التقيد بحل عام مسبق . كمايترتب على الأخذ بها، أن يجيء الحل المُقَال به - سواء برفض الإحالة أو بقبولها - في مادة بعينها أوأكثر متفقاً وروح قاعدة الإسناد الوطنية والغاية التي ترمي إلى تحقيقها.[2] بعبارة أخرى ، نرى أن المنهج الذي يجب اتباعه في شأن هذه الحالة، هو منهج تحليلي ، يرتكن إلى تفسير غائي لكل قاعدة من قواعد الاسناد . فالاعتبارات الكامنة وراء اختيار قاعدة اسناد لحكم مسألة معينة يجب أن يُستَلهم منها الحل الذي يتعين القول به في خصوص الإحالة قبولاً أو رفضاً . في الجملة ، لا يجب التقيد بحل عام مسبق a priori . وإنما يلزم أن يكون الحل المعتمد

---

(١) وقد سبق لنا أن اعتمدنا على فكرة الحل الوظيفي هذه لتحديد القانون الواجب التطبيق في حالة تعدد الجنسيات أو انعدامها. راجع مؤلفنا : الإتجاهات الحديثة في مسألة تنازع الجنسيات، الدار الجامعية بيروت ١٩٩١- كما حاولنا تكريس فكرة الحل الوظيفي في مسألة الإختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، اقرأ بحثنا بعنوان : تنفيذ الأحكام الأجنبية بين فكرتي الإختصاص القاصر والإختصاص المشترك ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية - العدد الثاني ١٩٩٢ ، ص ١٨١ وما بعدها .

(٢) وهو ذات المبدأ العام الذي انطلقنا منه في تحديد الحل الذي رجحناه في شأن تعدد الجنسيات وإنعدامها والذي بالنظر إليه عددنا الفروض واختبرنا مصداقيتها ، راجع بحثنا السابق الإشارة إليه ، الإتجاهات الحديثة في تنازع الجنسيات .وانظر في تأييد هذا الإتجاه في شأن الإحالة الاستاذ برنار أودي ، القانون الدولي الخاص ، باريس ١٩٩١ ، فقرة ٢٢١ ص ١٨٦ - ١٨٧ حيث يقول : " قبول الإحالة أو رفضها يتوقف على المسألة التي يثور التكييف بشأنها وعلى الاعتبارات التي ترمي إليها قاعدة الإسناد . بعبارة أخرى ، يجب أن يأتي الحل في إطار المفهوم الوظيفي لقاعدة الإسناد " . هذا، وقد وجد رأينا في شأن فكرة الحل الوظيفي في مسائل تنازع الجنسيات تأييداً من جانب من الفقه العربي ، راجع في مصر ، الدكتورة حفيظة الحداد ، دروس في قانون الجنسية ، الاسكندرية ١٩٩٤ ، وفي لبنان المستشار الدكتور سامي بديع منصور الوسيط بيروت ، ص ٢٧٦ وما بعدها.

ثمرة تحليل يضع فيه الباحث تحت بصره - عند إجرائه - أمرين : طبيعة المسألة المتعلق بها النزاع ، وغاية قاعدة الإسناد .

- ومادام الحل الذي يجب اعتماده في شأن الإحالة يرتكن بالأساس إلى تحليل قائم على تحديد غاية قاعدة الإسناد وروحها ، ولما كانت هذه الغاية تختلف من مشرع لآخر ، فإن من الطبيعي أن تتباين بين الدول الحلول المقال بها في شأن الإحالة من مسألة لأخرى . ومن هذا المنظور يبدو التنسيق بين قواعد الإسناد أمراً ضرورياً وهو ما يثري نظرية الإحالة في نهاية المطاف .
- الوضع الطبيعي أن كل مشرع يضع قواعد الإسناد في قانونه بقصد اختيار أنسب القوانين وأكثرها قدرة على حسم النزاع . ويضع مشرع كل دولة هذه القواعد دون سابق تنسيق مع غيره من المشرعين . عدم التنسيق هذا قد يَستتبع في بعض الفروض خللاً في وظيفة قاعدة الإسناد . هذا وارد بالنسبة لكل مشرع من المشرعين في ظل عدم وجود هيئة عليا تتولى عملية التنسيق بين التشريعات المختلفة . ولا شك في أن الإحالة يمكن أن تكون من بين أدوات هذا التنسيق وبحيث يُتصور أن نعيد بمقتضاها لقواعد الإسناد وظيفتها المختلة عندئذٍ .

وقبل تحديد معالم الحل الذي نؤمن به يجدر بنا أن نضع أيدينا على نتيجة التحليل النهائي لمذهب القائلين بالإحالة والرافضين لها . ووصولاً لهذه النقطة نبحث في ملامح الحلول القائمة (أ)، وهي ملامح تعني أن الحقيقة بين الفريقين ويمكن الوقوف عليها من خلال تحليل واع ومدرك لوظيفة قاعدة الإسناد يحفظ لها روحها son esprit المتمثلة دوماً- وبصورة مجملة - في تطبيق أنسب القوانين لحكم المنازعة (ب) .

(أ) ملامح الحل المُقال به رفضاً للإحالة أو قبولاً لها :

- القائلون بالإحالة والرافضون لها يعتمدون حلولاً " مطلقة " " وعامة " . فالإحالة خير كلها تحت بصر فريق ، وشر كلها تحت بصر فريق آخر . وطرح المسألة بهذه الصورة أوتلك هو منهج " متحيز " ومتطرف .

- إن الحقيقة بين الرأيين موزعة ، والكشف عن هذه الحقيقة لا يمكن بلوغه فيما لو سلكنا منهج الرفض المطلق أو القبول المطلق . إن الأمر يعوزه تحليل متأنٍ وفق موجهات منضبطة ترتكز جميعها حول نقطة محددة : وظيفة قاعدة الإسناد وغايتها بحسبانها وسيلة فنية من غاياتها تجنب الخلل والقصور الناجمين عن إختلاف قواعد الإسناد وتباينها من دولة لأخرى . في الجملة يجب اعتماد حل وظيفي .

- ثم إن القائلين بالإحالة من الدرجة الأولى ليسوا بعيدين تماماً عن فكرة التحيز القائم إما على فكرة الإقليمية والعودة " بالعلاقة إلى نطاق السيادة الإقليمية للقانون الوطني "[1] ، متى كانت هذه العلاقة تمس مصالح وطنية، وإما بالنظر إلى اعتبارات عملية أساسها في الجملة معرفة القاضي الوطني بقانونه حق المعرفة مع تجنب كافة المشاكل العملية التي يلاقيها عند تصديه لتطبيق قانون أجنبي [2] . نحن لا ننكر أبداً أن هذه الاعتبارات تتحقق لزوماً في الفرض حيث تؤدي نتيجة المنهج التحليلي القائم

---

(١) الدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، فقرة ٧٠ ص ١٥٧ ، بنوايبه ، المختصر ، فقرة ٤٩٨ .

(٢) راجع ما ذكرناه من تبريرات تبدو لنا هي الدافع لأخذ المشرع الإماراتي بالإحالة من الدرجة الأولى . واقرأ في المزيد من التفاصيل ، فرانسيسكاكيس ، موسوعة القانون الدولي ، تحت عنوان " الإحالة " بند ٣٠ وما بعده ، ومايير، المرجع السابق ، فقرة ٢٢٩ ص ١٥٢ وما بعدها . وانظر أيضاً باتيفول ولاجارد ، المرجع السابق ، فقرة ٣٠٥ ص ٤٩٩ .

على فكرة الحل الوظيفي للإحالة إلى تطبيق قانون القاضي (الإحالة من الدرجة الأولى). غاية ما هنالك أنها إذ تتحقق فإنما تتحقق تبعاً لفكرة الحل الوظيفي، كنتيجة لها وليست كسبب . وشتان ما بين الأمرين .

(ب) الموقف من الإحالة في ضوء وظيفة قاعدة الإسناد والغاية منها:

في ضوء الاعتبارات المتقدمة نرى أن اتخاذ موقف من الإحالة ، قبولاً أو رفضاً، عاماً كان أو خاصاً بمسائل معينة، ينبغي أن يكون وليد تحليل دقيق وواعٍ يتحدد في ضوء وظيفة قاعدة الإسناد والغاية التي ترمي إلى تحقيقها . فإن بدت الإحالة في مسألة بعينها ملائمة وأنها تساعد على أن تحقق قاعدة الإسناد وظيفتها تعين الأخذ بها . وعلي النقيض من ذلك يجب هجرها تماماً والإعراض عنها إن ظهر للقاضي أن الأخذ بها يعصف بالغاية التي تهدف إليها قاعدة الإسناد أو إن بدا له أن في إعمالها خروجاً بالقاعدة عن وظيفتها وانتهاكاً صارخاً لتوقعات الأفراد ومساسا بمصالح التجارة الدولية . وفي هذا يؤكد جانب من الفقه الرائد في مصر " أن وظيفة قاعة الإسناد هي تحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية المختلفة والوصول إلى أكثر الحلول تلبية لمقتضيات التجارة الدولية ، وذلك دون الإخلال بمصالح الدولة الخاصة . ولكي تتحقق هذه الوظيفة على خير وجه يسعى المشرع عند وضعه قاعدة الإسناد إلى إخضاع العلاقات القانونية ذات الطابع الدولي إلى أكثر القوانين قبولاً من الدول المتصلة بالعلاقة ، وذلك حتى يتسنى للعلاقة إنتاج أثرها في كافة هذه الدول ، كما يحرص من جهة أخرى على إخضاع العلاقة إلى أكثر القوانين توقعاً بالنسبة للأفراد حتى لا يفاجأوا بتطبيق قانون لم يكن من السهل التنبه إلى إمكان خضوع علاقتهم له "[1] . في ضوء هذه الغايات التي ترمي إليها قاعدة الإسناد سنحاول أن نجري تحليلاً لبعض قواعد الإسناد لنقف على الحكم الآتي:

---

(١) أستاذنا الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، فقرة ١٠٠ ص ١١٨ .

قبول الإحالة من عدمه يتحدد بالنظر إلى وظيفة قاعدة الإسناد والغاية منها وليس في ضوء إعتبارات نظرية[1] .

ويحسن بنا ، قبل إجراء هذا المسح الشامل ، أن نؤكد مرة أخرى علي أننا نعتمد الحل القائل بقبول الإحالة إن كان الأخذ بها ينسجم ويتوافق مع غاية قاعدة الإسناد سواءً أكان قبولها من الدرجة الأولى أو الثانية . وعلى نقيض ذلك، يجب عدم الأخذ بها متى ظهر أن في إعمالها مساساً بغايات القاعدة واغتيالاً للأهداف التي وضعت من أجلها .

أولاً: الإحالة مقبولة إن كان في الأخذ بها تحقيق قاعدة التنازع لأهدافها :

أ - الإحالة من الدرجة الأولى :-

في هذا النوع من الإحالة سيطبق القاضي الوطني قانونه وهو أمر محبب إلى نفسه يتجنب معه تطبيق قانون أجنبي (مع ما يثيره إعماله من مشاكل وصعوبات) لا يكون معها القاضي في منجى من اللمم والخطأ [2] . فالقاضي الوطني يُحسن تطبيق قانونه وهو ما يتحقق معه التطابق ما بين الاختصاصين القضائي والتشريعي، و تجنب مسألة التمييز بين ما يعد من الإجراءات وما يعد من الموضوع . فهذه المشكلة الأخيرة مجلبة لصعوبات بالغة من العصي في الكثير من الأحوال وضع الفواصل بينها[3].

هذا والأصل أن تطبيق القواعد الموضوعية في قانون القاضي لا ينطوي على

(١) في هذا المعنى، الدكتور فؤاد رياض ، المرجع والموضع السابقين، وفي فرنسا باتيفول ولاجارد، المرجع السابق، فقرة ٣١١ ص ٥٠٦ - ٥٠٧ .

(٢) لوسوارن وبوريل ، فقرة ٢٠٢ ص ٢٠٧ ، باتيفول ولاجارد ، المرجع السبق ، فقرة ٣٠٥ .

(٣) باتيفول ولاجارد ، المرجع السابق ، فقرة ٣٠٤ ص ٤٤٩ .

إخلال بتوقعات الأفراد في الفرض حيث يكونون مرتبطين بدولة القاضي (عن طريق الإقامة أو الموطن أو وجود الأموال موضوع النزاع) ويكون من الميسور عليهم عندئذ الإحاطة بهذه القواعد. ومن هذا المنظور ، فإنهم قد يرتاحون إلى تطبيق القواعد الموضوعية في قانون القاضي أكثر من ارتياحهم إلى تطبيق قانون دولة أخرى قد يتعذر عليهم الوقوف عليه. للتدليل على سلامة ذلك نسوق مثالاً :

لو مات فرنسي متوطنٌ في دولة الإمارات العربية المتحدة عن أموال عقارية ومنقولة فيها ، فإن القانون الواجب التطبيق وفقا لقاعدة الإسناد الإماراتية (م ١/١٧ من قانون المعاملات المدنية) هو القانون الفرنسي بوصفه قانون جنسية المتوفى وقت الوفاة . قاعدة الإسناد الفرنسية تعقد الإختصاص للقانون الإماراتي (قانون الموقع بالنسبة للعقارات وقانون موطن المتوفى بالنسبة للمنقولات) .

في هذه الحالة سوف يطبق القاضي الإماراتي القواعد الموضوعية في قانونه (م ١/٢٦) في شأن هذا الميراث إعمالا للإحالة من الدرجة الأولى . وهذا الحل نموذجي من عدة وجوه :

- حقق التناسق بين قاعدة الإسناد في القانون الإماراتي وقاعدة الإسناد في القانون الفرنسي . والحل الذي وصلنا إليه من خلال الإحالة يقبله القانون الأجنبي الذي تعين اختصاصه ويتلقفه قانون القاضي الإماراتي .
- القاضي الإماراتي سوف يتجنب بإعمال القواعد الموضوعية في قانونه كافة المشاكل المترتبة على إعمال القانون الأجنبي من دفع بالنظام العام ووحدة الإختصاصين القضائي والتشريعي وغير ذلك مما ذكرناه .
- هذا الحل ليس فيه إخلال بتوقعات الأفراد. فهم يعلمون سلفاً أن مورثهم متوطن في دولة الإمارات العربية وأن قواعد الإسناد في قانونهم الفرنسي تعقد الإختصاص في العقارات لقانون موقعها وفي المنقولات لقانون موطن

المورث .

- أكثر من ذلك نرى أن القاضي الإماراتي بقبوله الإحالة في هذا الفرض إنما يصحح مسار قاعدة الإسناد . أساس ذلك عندنا أن في دولة كالإمارات العربية المتحدة عدد الأجانب كبير جداً بدرجة غير مألوفة في أية دولة أخرى ، ويتملك الأجانب فيها ثروات طائلة وأموالاً عريضة الأمر الذي كان ينبغي معه إخضاع الإرث - عقاراً كان أم منقولاً - لقانون موطن المورث - الذي هو غالباً قانون موقع المال -، تبدو لنا الإحالة أداة نموذجية للتنسيق بين الحلول .

ب - الإحالة من الدرجة الثانية :

في إطار ذات المنهجية ليس ثمة ما يمنع مطلقاً من الأخذ بالإحالة من الدرجة الثانية متى كان في الأخذ بها ما يساعد على أن تحقق قاعدة الإسناد وظيفتها بما يكفل التعايش المشترك بين النظم القانونية المتصلة بالعلاقة ، ويقيم التناسق بينها عن طريق تطبيق أكثر القوانين إتصالا بالعلاقة . والحق أن الأخذ بالإحالة من الدرجة الثانية كثيراً ما يتحقق معه هذا الهدف كما سنرى عبر الأمثلة العديدة التي سنطرحها. وهذا هو مايؤكده الفقه الفرنسي المعتمد (١) . مثلاً إذا أحالت قاعدة الإسناد في القانون الذي تحدد اختصاصه بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية إلى قانون دولة ثالثة عقدت قواعد الإسناد فيها الاختصاص للقواعد الموضوعية المدرجة في هذا القانون فإن إعمال هذا الحل قد يكون مقبولاً من وجهة نظر قواعد التنازع في الدول الثلاثة التي تجولت بينها المنازعة .هذا يعني ببساطة أن القانون المطبق سيكون واحداً ولن يختلف سواء أرفع النزاع أمام قضاء الدولة الأولى أم الثانية أم الثالثة.

(١) انظر علي سبيل المثال ، هولو و فوييه ودولابراديل ، فقرة ٤٨٧ ص ٢٤٦ ، مايير ، المرجع السابق ، فقرة ٢٢٧ ص ١٥٢ .

هذه الوحدة في الحلول تعد هدفاً عزيزاً من أهداف القانون الدولي الخاص فيه من حماية توقعات الأفراد[1] .

وقد ضرب لنا القضاء الفرنسي مثلاً يبرز أهمية الإحالة ودورها في تحقيق وحدة

(١) ويضرب الفقه الفرنسي مثلاً يراه نموذجياً يبقى شاهداً على أن للإحالة فضل توحيد الحلول واحترام توقعات الأفراد سبق أن سطره الفقيه الألماني Raape . زوجان سويسريان ، خال وابنة أخته ، متوطنان في موسكو حيث أبرما زواجهما فيها. هذا الزواج يعد صحيحاً وفق كل من القانونين الروسي والسويسري. ذلك أن قواعد الإسنادفي كل من القانونين السويسري (مع ملاحظة أن الزواج باطل وفق القواعد الداخلية في القانون السويسري) والروسي تتفق على إخضاع هذا الزواج في شروطه الموضوعية لقانون موطن الزوجين (القانون الروسي) ، ونظراً لأن هذا القانون الأخير يجيز زواج الخال بأبنة أخته ، فمعنى ذلك أننا بصدد زواج صحيح تحت بصره . والحل هذا هو الذي يحمي توقعات الزوجين : فهما قد عولا وقت إبرام الزواج على حكم هذا القانون ورتبا أمورهما عليه .

فإذا افترضنا - كما يقول راب - أن نزاعاً قد ثار في تاريخ لاحق بشأن صحة هذا الزواج أمام القاضي الألماني ، وكانت قاعدة الإسناد الألمانية تعقد الاختصاص للقانون السويسري ، قانون الجنسية المشتركة للزوجين ، فإن القاضي الألماني قد يطبق القواعد الموضوعية في القانون السويسري (يرفض الإحالة) وقد يطبق قواعد الإسناد فيه (يقبل الإحالة) ، فإن طبق الأولى مباشرة لأدى به ذلك إلى اعتبار هذا الزواج باطلاً ، بينما لو أخذ بالإحالة إلى القانون الروسي (إحالة من الدرجة الثانية) لأدى به ذلك إلى اعتبار هذا الزواج صحيحاً. ويكون من نتيجة ذلك :

- إعمال حل هو بعينه الذي كان سيتوصل إليه القاضي السويسري بمقتضى قواعد الإسناد فيه والتي تعقد الاختصاص للقانون الروسي .
- الوصول إلى حل نموذجي يحقق الاتساق القانوني بين الأنظمة المرتبطة بالعلاقة وتتوحد معه الحلول المقال بها، وحماية توقعات الأطراف المشروعة. حل مأمول ومرغوب فيه تماماً طالما أن أطراف العلاقة، وقت نشأة الزواج لم يقم في حقهم أي سبب يدعوهم إلى التعويل على القانون الألماني وأخذه في الحسبان. ذلك أن في تطبيق هذا القانون وما يؤدي إليه انتهاكاً لتوقعاتهم بالنسبة لصحة زواجهم.

<u>و المتأمل في المثال الذي ساقه الأستاذ راب يلحظ الآتي :</u>

- أن القواعد الموضوعية في القانون السويسري تبطل زواج الخال من ابنة أخته ، والحال كذلك لا نتصوركيف أن القاضي السويسري سيعتبره زواجاً صحيحا بمقتضى قواعد الإسناد فيه التي تعقد الاختصاص للقانون الروسي، قانون موطن الزوجين . فأين الدفع بالنظام العام ؟
- على فرض أن القاضي الألماني أخذ بالإحالة ووصل إلى تطبيق القانون الروسي - قانون موطن الزوجين - الذي يعتبر الزواج صحيحاً ، فإن ذلك في ذاته ليس كافياً وإنما يجب ألا يكون القانون المختص - عند الإحالة - مخالفاً للنظام العام في دولة القاضي . فإن كان مخالفاً تعذر إعماله .

ما نخلص إليه أن المثال المطروح يحتاج إلى ضبط في مفترضاته الصناعية حتى يمكن التعويل عليه بوصفه نموذجاً يؤكد دور الإحالة وأهميتها في تحقيق الإتساق القانوني وحماية توقعات الأفراد .

الحلول وحماية توقعات الأفراد المشروعة : تتحصل وقائع القضية في أن زوجين سوريين من الديانة اليهودية كانا يقيمان بصفة دائمة في بريطانيا. وبينما كان الزوجان في أقامة عابرة في إيطاليا أبرما زواجهما في ميلانو أمام الحاخام الأكبر هناك وفقاً للشكل الديني اليهودي الذي يقره قانون جنسيتهما المشتركة . في تاريخ لاحق استقر المقام بالزوجين في فرنسا حيث أثيرت سنة ١٩٢٤ مسألة صحة هذا الزواج من حيث الشكل .قاعدة الإسنادفي القانون الفرنسي تقضي باخضاع الزواج من حيث الشكل لقانون محل الإبرام [1]. وبإعمال القاضي الفرنسي لهذه القاعدة سوف يصل إلى ابطال هذا الزواج لأنه لم يتم وفقاً للشكل الذي يفرضه القانون الإيطالي بوصفه قانون محل إبرام الزواج ، وإنما أبرم وفقاً لقانون الجنسية المشتركة للزوجين ،أي وفقاً للقانون السوري . بيد أن محكمة النقض الفرنسية لم تأخذ بهذا الحل . على النقيض ذهبت - مؤيدة محكمة أكس أن بروفانس - إلى اعتبار هذا الزواج صحيحاً وذلك بقبولها للإحالة من الدرجة الثانية من القانون الإيطالي إلى القانون السوري .

وعلى سبيل الافتراض أن القانون الإيطالي في هذا المثال قد أحال إلى القانون السوري، فإن رفض الإحالة كان سيترتب عليه بالضرورة إبطال الزواج المذكور في فرنسا رغم أنه يعد صحيحاً تحت نظر كل من قواعد الإسناد في القانون الإيطالي الذي أبرم الزواج في ظله وقواعد القانون السوري بوصفه قانون الجنسية المشتركة للزوجين .

اعتبار هذا الزواج صحيحاً متى أخذنا بالإحالة يعد حلاً نموذجياً يحمي التوقعات المشروعة للأفراد . فمن غير المتصور عقلاً أن يكون هذان الزوجان ، وهما زوجان

(١) مفهوماً هذا لحل على أنه يجعل من قاعدة إخضاع شكل الزواج بين الأجانب في الخارج لقانون محل إبرامه ، قاعدة آمرة لا اختيارية ، هولووفوبيه ودولابراديل ، فقرة ٤٨٩ ص ٢٤٧ وفي التفاصيل عندهما فقرة ١١٢٨ ص ٥١٣ وما بعدها .

سوريان اتخذا من بريطانيا موطناً لهما ، وشاء لهما قدرهما أن يبرما زواجهما في ايطاليا عند اقامتهما العابرة بها ، قد فكرا يوماً أو دار بخلدهما عند زواجهما سنة ١٩٢٤، أن مسألة صحة زواجهما من حيث الشكل سوف يطرح أمرها أمام القاضي الفرنسي . وفي ذلك تقول محكمة النقض الفرنسية " إن إعمال الإحالة يجد تبريره في هذه المنازعة فيما تؤدي إليه من تطبيق القانون السوري على شكل الزواج، وهو القانون الذي رغب الأفراد في الخضوع لحكمه وهو الذي يعتبر زواجهما صحيحاً " .

والواقع من الأمر أن هذا الحل لا يمكن تصوره إلا إذا تعين قانون محل إبرام الزواج (الإيطالي) بوصفه القانون الوحيد الذي يحكم الزواج من حيث الشكل . عند ذاك يكون اللجوء إلى الإحالة عن طريق إعمال قواعد الإسناد في القانون الإيطالي التي تشير إلى تطبيق قانون جنسية الزوجين (القانون السوري) ، أمراً معقولا ومقبولاً . أما إذا تحدد القانون السوري بوصفه واحداً من القوانين ذات التطبيق الاختياري التي عينتها قاعدة الإسناد الفرنسية والتي يصح الزواج إن وافق من حيث الشكل أياً منها ، فلا حاجة للإحالة هنا ، ويكون انطباق القانون السوري قد تعين مباشرة بمقتضى قاعدة الإسناد الفرنسية ويكون عندئذ لهذه القاعدة الاختيارية مضمون مادي معين يهدف إليه المشرع وهو البحث عن صحة الزواج وفقاً إلى أي من هذه القوانين الاختيارية التي تعينها قاعدة الإسناد في قانون القاضي .

المطلب الثاني

الإحالة بين القبول والرفض في ضوء مسح شامل لوظيفة مختلف قواعد الإسناد

لإثبات مصداقية فكرة الحل الوظيفي في هذا الشأن يتعين أن نجري في إيجاز اختباراً لمصداقية هذه الفكرة في خصوص مختلف ضوابط الإسناد : في الالتزامات غير التعاقدية (أ) والأموال (ب) وفي مسائل الأحوال الشخصية عموماً (جـ)وفيما

إذا كان ممكناً إجراء الإحالة فيما لو كان مناط الإسناد هو قانون الإرادة (د) أو في خصوص الضابط القائل بإخضاع شكل التصرف لقانون بلد الإبرام (هـ) ثم نبحث في كيفية التغلب على مشاكل الإحالة (و) ، وذلك على التفصيل التالي :

أ - في خصوص الالتزامات غير التعاقدية :

في هذا الميدان يمكن أن تثور مسألة الإحالة . ومع ذلك نبادر إلي القول بأن النطاق الذي تثور فيه محدود لسبب بسيط هو أن غالبية التشريعات تجعل القانون الواجب التطبيق في خصوص الالتزامات غير التعاقدية هو قانون محل وقوع الفعل الضار . ومع ذلك ، فإنه يمكن إعمال الإحالة على ضوء تحليل متأنٍ يأخذ في الحسبان غاية قاعدة الإسناد والروح التي تمليها .

لنفترض أن إحدى مدارس اللغات في مصر قد جهزت رحلة لتلاميذها إلى الولايات المتحدة الأمريكية . التلاميذ مصريون ، والمدرسون مصريون والمشرفون والمدير كلهم مصريون متوطنون في مصر . حياة التلاميذ مؤمن عليها لدى شركات تأمين مصرية . حدث أن ارتكب أحد التلاميذ خطأً سبب ضرراً لزميل آخر معه في الرحلة. لو تصورنا أن دعوى المسئولية عن هذا الفعل قد رفعت أمام القضاء المصري، فإنه سوف يطبق القانون الأمريكي - قانون دولة وقوع الفعل الضار - نزولاً على حكم المادة ٢١ مدني مصري . فإذا رجعنا إلى القانون الأمريكي وافترضنا أن قواعد الإسناد فيه تقضي بتطبيق القانون المصري ، فإن القانون المصري المقصود هنا هو القواعد الموضوعية فيه والمنظمة لقاعدة المسؤولية عن الالتزام غير التعاقدي .

نحن نعتقد أن القاضي المصري في هذه الحالة - علي فرض أن مشرِّعه لم يحظر عليه الإحالة - سوف يجد في إعمال القانون المصري ما يحقق غاية قاعدة الإسناد

الواردة في المادة ٢١ ذاتها للأسباب الأتية :

- إن المشرع المصري عندما وضع قاعدة الإسناد المتضمنة في المادة ٢١والقائلة بتطبيق قانون محل وقوع الفعل الضار قد رصد حكماً للوضع الغالب الذي يتفق مع توقعات الأفراد ، على الأقل بالنسبة للمدين المسؤول[١] .
- إن تعويل المشرع المصري على المكان الذي وقع فيه الفعل المنشيء للالتزام هو تقنين لحكم عام يترجم به المشرع عملية تركيز للعلاقات الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية المتولدة عن الفعل الضار . بعبارة أخرى لما كانت العلاقة في هذا الفرض تتركز بصورة نموذجية بالنظر إلى مصدرها وواقعتها المنشئة كان من الطبيعي إسناد الفعل الضار الذي ترتب عليه الالتزام بالتعويض إلى قانون المكان الذي وقع فيه الفعل الضار .

في المثال الذي سقناه تخلفت الاعتبارات التي بالنظر إليها وضع المشرع الحكم المتضمن في المادة ٢١ مدني مصري . فإعمال القانون الأمريكي خارج حساب قاعدة الإسناد المصرية : فوقوع الفعل المنشيء للالتزام في الولايات المتحدة الأمريكية لا يعدو أن يكون أمراً عارضاً لا يستقيم احتسابه معياراً للإسناد في حالتنا ، فوق أن في إعمال القانون الأمريكي إخلالا بتوقعات الأطراف : الدائن المضرور والمدين المسئول .

والحال كذلك فإننا نكون أمام الوضع التالي : في الفرض المتقدم - وهو فرض قابل للتكرار - تنتفي الاعتبارات التي بالنظر إليها وضع المشرع المصري قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية . بمعنى آخر غاية قاعدة الإسناد وحكمتها قد تخلفا . ماذا نفعل ؟ نرى أن تصحيح مسار قاعدة الإسناد المصرية يتحقق من

(١) إقرأ في المعنى المرادف لما تقوله ، *Beitzke* مقالة بعنوان :
Les obligations délictuelles en droit international privé , cours L Haye,1965,T.115, P. 67 etss. , v. Précisement no 18.

خلال أسلوب الإحالة إلي القواعد الموضوعية في القانون المصري ، وإن فعلنا ذلك نكون قد أخضعنا العلاقة المذكورة لأكثر القوانين إتصالاً بالعلاقة ، والذي يسمح للعلاقة بأن تنتج كافة آثارها في مصر، كما أننا نخضع العلاقة لأكثر القوانين توقعاً بالنسبة لأطراف العلاقة .

هذا الحل يحفظ لقاعدة الإسناد المصرية - في حالة أو حالات محددة - بأن تؤدي وظيفتها طبقاً للغاية التي ترمي إليها في إطار من التنسيق بينها وبين غيرها من قواعد الإسناد الأخرى ، كما أنه حل يصل بنا إلى ذات النتيجة الى يقول بها الفقه الأنجلو أمريكي من أنه يجب فهم معنى القانون المحلي على أساس أنه القانون الذي يحكم الوسط الاجتماعي الذي حدثت فيه الواقعة التي ترتب عليها الالتزام غير التعاقدي [1] .

ب - بالنسبة للقانون الذي يحكم الأموال :

- **بالنسبة للدعاوي المتعلقة بعقار واقع في الخارج والتي ترفع أمام القضاء الوطني :**

الأصل في هذا الفرض ألا تثور مسألة الإحالة . ومرد ذلك أنه إذا رفعت دعوى أمام القضاء الإماراتي متعلقة بعقار موجود في الخارج ، فإن هذا القضاء سيحكم بعدم الاختصاص، فالمادة ٢٠ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي تنص على أنه " فيما عدا الدعاوى العينية المتعلقة بعقار في الخارج تختص المحاكم بنظر الدعاوي التي ترفع على المواطن والدعاوي التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الدولة " [2]. وهذا الحكم عام يسري على ما نراه في شأن دعوى الميراث

(١) في عرض هذا الاتجاه وشرحه ، الدكتور هشام صادق ، المرجع السابق ، ص ٧٣٣ وما بعدها .

(٢) في التفاصيل في القانون المصري في شرح النص المقابل لهذا النص ، إقرا مؤلفنا في الإجراءات المدنية والتجارية الدولية ، مكتبة سعيد رأفت ، ١٩٨٤ - ١٩٨٥ ، فقرة ٣٢ وما بعدها ، ص ٦٥ وما بعدها .

المتعلقة بعقارات في الخارج وفي حالة الخضوع الاختياري (م ٢٣ ق.أ.م.أ) وفي حالة اختصاص القضاء الإماراتي بالطلبات المترتبة (م ٢٢ أ.م.أ) وفي حالة تعدد المدعي عليهم (م ٧/٢١ أ.م.أ) [١] .

وفي الحالات الاستثنائية التي ينعقد فيها الاختصاص بنظر النزاع للقضاء الوطني وتشير قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى قانون أجنبي تتخلى فيه قواعد الإسناد عن اختصاصها وتعهد بهذا الاختصاص إلى قانون القاضي أو إلى قانون آخر [٢]. فإنه يتعين تطبيق القواعد الموضوعية في القانون المحال إليه . ويتأتى قبولنا لهذا الحل انطلاقا من التحليل التالي :

المشرع الوطني تبنى قاعدة إسناد مؤداها إعمال قانون دولة العقار باعتبار أن هذا القانون هو الأكثر قدرة وملاءمة لحكمه : فدولة موقع العقار هي صاحبة السلطة الفعلية عليه بما يكفل تنفيذ الحكم الصادر في شأنه . وفي الحالات التي لا يعترف فيها القانون الأجنبي - قانون موقع العقار - بهذه الإمكانات ويعقد الاختصاص لغيره فيجب قبول هذه الإحالة منه طالما أن الحقوق المكتسبة وفقاً للقانون المحال إليه سوف يعترف بها قانون موقع المال . والحال كذلك فيما لو كان القانون الواجب التطبيق على الميراث على عقار يعقد الاختصاص بمقتضى الإحالة لقانون جنسية المتوفي أو قانون موطنه[٣].

---

(١) وهذا ما قلنا به في مصر ، مؤلفنا في الإجراءات المدنية والتجارية ، المرجع السابق ص ١٤١ وما بعدها .

(٢) مع ملاحظة أنه لا يمكن إعمال هذا الحل في ظل الحالة الوضعية للقانون الإماراتي . والحال كذلك في مصر حيث يرفض المشرع الإحالة بنوعيها . وما نقول به لا يعدو أن يكون دراسة من شأنها أن تفتح الباب أمام التشريعات العربية لتعيد النظر في الحلول التي تأخذ بها الآن .

(٣) في هذا المعنى ، برنار أودي ، القانون الدولي الخاص ، فقرة ٢٢٣ ص ١٨٨ ، وفي ذات الإتجاه ، باتيفول ولاجارد، المرجع السابق فقرة ٣١١ ص ٥٠٧ .

وفي خصوص المنقول والقانون الذي يحكمه يمكن أن تضاف تطبيقات متعددة لفكرة الإحالة سواء أتمت الإحالة إلى قانون القاضي أم إلى قانون دولة من الغير وهي الإحالة من الدرجة الثانية[1] .

جـ - في شأن مسائل الأحوال الشخصية عموماً :

نعرف أن القانون الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية عادة مايكون قانون موطن الشخص أوقانون جنسيته . وليس ثمة ما يدعو في هذه الميدان لعدم قبول الإحالة سواء أكانت لقانون القاضي أم لقانون آخر غيره .

- فإذا كانت الإحالة إلى قانون القاضي (الإحالة من الدرجة الأولى)، فإنه يمكن للباحث أن يقرر - بصفة إجمالية - أن ثمة اعتبارات قد تجعل من الملائم تفضيل تطبيق قانون الموطن على قانون الجنسية . فقانون الموطن غالباً ما يكون هو قانون القاضي الناظر في المنازعة، الأمر الذي يتوحد معه الاختصاصان القضائي والتشريعي . فوق أن القاضي - كما نعلم - يفضل لأسباب متعددة تطبيق قانونه الوطني . فهو به أعلم وبغاياته أدرى .أما التعويل على الجنسية بوصفها ضابط إسناد فهو أمر من شأنه تغليب اعتبارات أخرى غير مادية - مستمدة من فكرة السيادة - على اعتبارات التركيز الموضوعي التي يحققها موطن الشخص . ولا شك في أن الاهتمام باعتبارات الفعالية والواقعية من شأنه أن يدعونا إلى تغليب فكرة الموطن متى اقتضت غاية قاعدة الإسناد ذلك . ينضاف إلى ذلك أنه إذا أخضع المشرع المصري مسائل الأحوال الشخصية . (كما هو الحال في الزواج والميراث والوصية والأهلية) لقانون جنسية الشخص ، فإن هذا لا يعني أبداً أن القانون المصري يرمي إلى فرض تطبيق قانون الجنسية الأجنبي على

(١) انظر في الفقه الفرنسي ، باتيفول ولاجارد ، المرجع السابق ، فقرة ٣١١ ص ٥٠٧ .

غير رغبة منه[1] . فالذي يحدث هو أنه إذا أشارات قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي لا يعقد الاختصاص للقواعد الموضوعية فيه ، فمعنى ذلك أنه يجب أن نحترم ما تقول به قاعدة الإسناد الأجنبية التي تعاود بدورها تحديد أو تعيين القانون المختص والتي تكون وظيفتها تصحيح الاختيار الذي ابتدأته قاعدة التنازع في قانون القاضي ... وبحيث تضع هذا القاعدة على مسارها الصحيح وصولاً إلى قانون مسقط العلاقة "[2] فالمسألة في حقيقة الأمر تعني أن هناك نسبية في الإسنادrélativité des rattachements.فالمشرع الوطني-أي مشرع - حين يضع قاعدة إسناد ولتكن الجنسية مثلاً، لتعيين قانون معين، فهو يفعل ذلك لأنه يرى في هذا القانون الأنسب بنظره لحكم المسألة المطروحة . علي أن هذا الحكم الذي يقيمه المشرع الوطني- على هذا النحو- ليست له صفة الإطلاق ، إذ قد يرى غيره أن الأنسب هو تطبيق قانون موطن الشخص لا قانون جنسيته . ومن هذا المنظور يمكن أن نقرر أنه متى لم تكن ضوابط الإسناد الوطنية ضوابط مطلقة فإن المنطق يقتضي في بعض الظروف وبالنسبة لبعض الحالات ، وصولاً إلي تنظيم أمثل للعلاقات ذات الطابع الدولي ، أن يترك ضابط الإسناد في قانون القاضي المكان لضابط الإسناد في القانون المختار متى كان هذا الأخير ذاته مقبولاً دولياً لكونه على اتصال بالعلاقة ويحقق الغاية التي تسعى إليها قاعدة الإسنادالوطنية ببلوغ نتيجة هي الأفضل في شأن المسألة المطروحة[3]

---

(١) في هذا المعنى الأستاذ فايز الحاج شاهين ، رسالة ، فقرة ٢١٨ ص ٢١٥ - ٢١٦ .

(٢) فايز الحاج شاهين ، المرجع السابق ، رسالة ، فقرة ٢١٨ ص ٢١٥ - ٢١٦ .

(٣) الدكتور سامي منصور ، المرجع السابق ، فقرة ٣٩١ ص ٦١٥ - ٦١٦ والمراجع المشار إليها فيه .

وترتيباً على ذلك، إذا عينت قاعدة الإسناد الوطنية قانوناً أجنبياًبوصفه قانون الجنسية في خصوص مسألة من مسائل الأحوال الشخصية ، وكانت قاعدة الإسناد في هذا القانون تشير إلى تطبق قانون الموطن نزولاً علي اعتبارات مستمدة من فكرة الواقعية فقد يكون من الملائم إعمال الأحكام الموضوعية في هذا القانون ، سواء أكان هو قانون القاضي أم قانون آخر أجنبي أعطي الاختصاص الموضوعي لنفسه[1] .

- أما إذا كان قانون الموطن المحال إليه لا يقبل الاختصاص (الإحالة من الدرجة الثانية) وأحال مرة أخرى إلى قانون الجنسية ، وهو ما يسمى بالإحالة " في حالة رجوع إلى الوراء " ، فلا مناص من تطبيق القانون الذي حددته ابتداء قاعدة الإسناد الوطنية .

أمثلة تظهر فائدة الإحالة في ضوء وظيفة قاعدة الإسناد :

١ - قد يكون في الإحالة " ترشيدا " لإعمال قاعدة الإسناد وضبط مسارها في ظروف معينة : خذ على ذلك مثالاً نص المادة ٢/١٣ من القانون المدني المصري (المقابلة لنص المادة ٢/١٣ أيضاً من قانون المعاملات المدنية الإماراتي) الذي يقول: " أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق، ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى " . والبادي من هذا النص أن المشرع المصري قد صاغ قاعدتين أولاهما خاصة بالطلاق ،وهي تعقد الاختصاص لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى . وثانيهما خاصة

---

(١) انظر في هذا الحل في القانون الفرنسي *Audi* ، المرجع السابق ، فقرة ، ٢٢٢ ص ١٨٧ - ١٨٨ .
هذا المسلك أخذت به اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٥٥ الخاصة بتنظيم التنازع بين قانون الجنسية وقانون الموطن عندما أخذت بالإحالة من قانون الجنسية إلى قانون الموطن وليس العكس .

بالتطليق والانفصال وتقضي بتطبيق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى .

والحق أن هذا الحل الذي قننه المشرعان المصري والإماراتي ليس بمنجى من النقد والتجريح. فانفراد قانون الزوج وقت الطلاق أو التطليق أو الانفصال بحكم هذه المسائل مجروح من أكثر من وجه. " ويأتي عيب انفراد هذا القانون بالحكم من ناحية كون الزواج رابطة ما بين طرفين تنشأ وفقاً لقانونيهما ، والواجب ألا تنحل هذه الرابطة إلا وفقاً لحكم قانون يجمع الطرفين، أو لقانون يكون الطرفان متبصرين به إن لم يخضعا معاً لقانون واحد، وهذا هو ما أخذت به اتفاقية لاهاي الخاصة بالتطليق والانفصال حيث تقضي المادة الثامنة بأنه " إذا لم يكن الزوجان من جنسية واحدة فيكون قانون آخر جنسية مشتركة لهما هو القانون المعتبر بالنسبة لتطبيق المواد السابقة (وهي المواد الخاصة بالتطليق والانفصال) أنه هو قانون جنسيتهما". وهو أيضاً ما أخذ به القانون اليوناني حيث تقضي المادة ١٦ من التقنين المدني بأن " يسري على التطليق والانفصال قانون آخر جنسية مشتركة كسبها الزوجان أثناء الزواج وقبل رفع الدعوى ، فإذا لم توجد هذه الجنسية طبق قانون الزوج وقت انعقاد الزواج " [(١)] .

وفي ضوء ما تقدم نسوق المثال التالي باحثين عما إذا كان يمكن للإحالة أن تصحح في بعض الفروض مسار قاعدة الإسناد المصرية :

زوجان أجنبيان أبرما زواجهما وفقاً لقانون جنسيتهما المشتركة الذي يحظر الطلاق. في تاريخ لاحق على الزواج طلب الزوج أمام القضاء المصري تطليق زوجته وفقاً لقانون جنسيته الجديدة التي اكتسبها وحده دون زوجته فاقدا بذلك جنسيته القديمة التي ما تزال الزوجة تحملها. بطبيعة الحال

(١) الدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، فقرة ٩٩

القاضي المصري سوف يطبق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى ، وهو قانون يجيز له ذلك . فإذا افترضنا أن قاعدة الإسناد في قانون جنسية الزوج تعقد الاختصاص لقانون الجنسية المشتركة للزوجين وقت إبرام الزواج أو لقانون جنسية الزوج وقت الزواج ، فلا شك أن في إعمال هذا الحل ما من شأنه أن يصحح مسار قاعدة الإسناد المصرية ، ذلك أنه حل يحقق أملاً عزيزاً تمناه الفقه المصري المعتمد منتقدا الحل الذي أخذ به مشرعه الوطني بقوله إن " تطبيق قانون الجنسية المشتركة للزوجين يحقق وحده القانون الذي يحل رابطة انعقدت وفقاً لقانون الطرفين ، كما أن تطبيق قانون الزوج وقد انعقاد الزواج في حالة عدم وجود الجنسية المشتركة ،فيه تبصرة كافية لكل من الطرفين بالقانون الذي يحل هذه الرابطة . أما إخضاع الطلاق لقانون الزوج وقت الطلاق واخضاع التطليق والانفصال لقانون الزوج وقت رفع الدعوى فمن شأنه أن يجعل رابطة الزوجين تنحل وفقاً لقانون لا تخضع له الزوجة ولم يكن في وسعها التبصر به وقت انعقاد الزواج . ويظهر الحرج في مركز الزوجة إذا تغيرت جنسية الزوج ما بين وقت الزواج ووقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى ، ولم تدخل هي في جنسيته ، وكان قانون الزوج وقت الزواج يجيز الطلاق والتطليق في حين أن قانونه وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى لا يجيز الطلاق أو التطليق ،أو أن يتحقق العكس فيكون قانونه وقت الزواج لا يجيز الطلاق أو التطليق ، ويكون قانون جنسيته الجديدة وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى يجيزه "[1].

٢- في خصوص الالتزامات المصرفية مثلاً قد تكون الإحالة مفيدة إلى درجة

(١) الدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، فقرة ٩٩ ص ٣٠٩ .

بعيدة لما لهذه الإلتزامات من خصوصية تنفرد بها [(١)].

مثلاً، نحن نعلم أنه يلزم فيمن يوقع على الورقة التجارية أن يكون أهلاً للالتزام الصرفي أياً كانت الصفة التي وقَّع بمقتضاها ، ساحبا كان أو قابلاً أو مظَهراً أو ضامنا احتياطياً أو قابلاً بالواسطة . فإذا تصورنا أن ورقة تجارية مستحقة الوفاء في مصر وثار نزاع بشأنها أمام القضاء المصري دفع على أثره الملتزم بنقض أهليته، وهو قانون جنسيته الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد المصرية (م ١/١١ مدني). وبالنظر إلى أن المشرع المصري يرفض الإحالة فسوف يعمل القواعد الموضوعية في القانون الواجب التطبيق مقرراً بطلان الالتزام الصّرفي . فلو قُدِر وكانت دولة الملتزم صرفياً من الدول الموقعة على اتفاقيات جنيف لسنة ١٩٣٠ و ١٩٣١ (الخاصة بالكمبيالة والسند الإذني والشيك) وكانت هذه الدولة تخضع أهلية الشخص للالتزام بمقتضى كمبيالة أو سند إذني (أو شيك) - وعندما يكون هذا الالتزام باطلاً وفقاً لقانون جنسيته - لقانون الدولة التي تحررت فيها الورقة التجارية (دولة نشوء الالتزام الصرفي)، متى كان هذا القانون الأخير يعتبر الملتزم كامل الأهلية ، والتصرف - من ثم - صحيحاً . البيّن لو أن القاضي المصري أخذ بالإحالة واعتد بقانون محل نشوء الالتزام الصرفي لانْتَهى به الأمر إلى اعتبار الالتزام الصرفي صحيحاً . هذا الحل توجب الأخذ به طبيعة الالتزامات الصرفية والغاية التي من أجلها نظم المشرع الأوراق التجارية في القانون الداخلي . فالأخذ به ييسر تداول الأوراق التجارية ويضمن سرعة انتقالها ويحمي الحامل الأخير للورقة الذي يكون من الميسور عليه أن يعرف القانون الذي يحكم أهلية الشخص

---

(١) راجع في دراسة تفصيلية تحليلية مؤلفنا في تنازع القوانين في الأوراق التجارية ، ص ١٠٨ وما بعدها ، والاتجاهات الحديثة في مشكلة " تنازع " الجنسيات ، المرجع السابق ، ص ٩٧ وما بعدها .

وفقاً لقانون محل إبرام التصرف ، بعكس الوضع بالنسبة لقانون الجنسية [1] .

د - لا إحالة فيما لو كان مناط الإسناد هو قانون الإرادة :

إذا اختار المتعاقدان قانوناً معيناً ليحكم عقدهما طبقا لقاعدة الإسناد المتضمنة في المادة ١٩ مدني مصري (المطابقة للمادة ١٩ م.م.أ) ، فإن الفهم الواعي للأمور في ضوء الغاية من قاعدة الإسناد ذاتها ، يمكن أن يصاغ محتواه على النحو الآتي : إن المقصود بقانون الإرادة -الصريحة أو الضمنية- هو الأحكام الموضوعية في القانون المختار وأنه لا مجال للأخذ بالإحالة في هذا الفرض . وسبب ذلك جلي لا يخفي على فطنة ناظر . فأطراف العلاقة حينما يختارون قانوناً ليحكم عقدهم فالمفترض أنهم يعرفون هذا القانون وأنهم اختاروه ثقة منهم في أنه الأقدر على حسم المنازعات التي قد تثور بخصوص علاقتهم . فهو إذن قانون يحقق مصالحهم ويحقق مصالح التجارة الدولية يثق فيه الأفراد وفي ملاءمته لحكم علاقتهم[2] . فالمتأمل يلحظ أن قاعدة قانون الإرادة هي قاعدة إسناد لها جانب موضوعي، بمعنى أنها ترمي إلى تحقيق غاية مادية معينة[3] . ولو كان أطراف العقد يريدون اختيار القانون الذي تشير إليه قواعد الإسناد في القانون المختار من قِبَلهم لاختاروا هذا القانون مباشرة بمقتضى قانون الإرادة [4]. والقول بغير هذا قول يفتقد إلى الواقعية

(١) راجع في دراسة تفصيلية تحليلية مؤلفنا في تنازع القوانين في الأوراق التجارية ، ص ١٠٨ وما بعدها ، والاتجاهات الحديثة في مشكلة " تنازع " الجنسيات ، المرجع السابق ، ص ٩٧ وما بعدها .

(٢) راجع في دراسة مفصلة لقانون الإرادة مؤلفنا في قانون العمليات المصرفية الدولية - دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية - دار المطبوعات الجامعية ١٩٩٤، ص ١٣وما بعدها .

(٣) مايير ، المرجع السابق ، فقرة ٧٠٢ ص٤٤٢ ، وقارن مع مدام ديبي جيرار في رسالتها بعنوان :
Le role de la régle de conflit dans le reglement des rapports internationaux, Dalloz 1973 , no 320 .

(٤) علماً بأن الحل لن يكون مختلفاً لجريان العمل في إجماع وتواتر عند سائر التشريعات على إخضاع العقود لقانون الإرادة . إقرأ وقارن أرمنجون ، الوجيز - الجزء الأول ، فقرة ١٩٦ ، فوييه وهولو ودولابراديل ، فقرة ٤٩٥ ص ٢٤٩.

ويغتال الحكمة التي وضعت من أجلها قاعدة الإسناد متمثلة في احترام توقعات أطراف العلاقة وحماية مصالحهم .

هكذا نستطيع أن نقرر عدم ملاءمة الإحالة في شأن قاعدة قانون الإرادة ، فذلك هو الذي تفضي إليه الغاية من قاعدة الإسناد في هذا الصدد . على أنه لما كانت التشريعات تجري في إجماع على إخضاع العقود لقانون الإرادة ، فإن الحل سيكون واحداً وهو تطبيق القواعد الموضوعية في القانون المختار حتى ولو قلنا بقبول الإحالة في هذا الشأن[1] . والظاهر أن هذه الاعتبارات لم تكن غائبة عن اتفاقية روما الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على العقود ، ولذلك استبعدت المادة ١٥ منها الإحالة صراحة .

تبقى مسألة تحتاج إلى تأكيد مفادها أن الحكم المتقدم يسري في الفرض حيث يختار أطراف العقد قانوناً معيناً ليحكم علاقتهم ، سواء أكان الاختيار صريحاً أم ضمنياً متى أمكن قراءة هذه الإرادة الضمنية بصورة مؤكدة [2] . لكن ما الحكم إذا لم يكن هناك اختيار بالمرة ؟

- الفرض حيث لا يكون هناك اختيار صريحاً كان أم ضمنياً :

في هذا الفرض نكون إزاء وضع يتخلف فيه قانون الإرادة ، فلا توجد ثمة إرادة معلنة ، كما لم يستطع القاضي الباحث في المسألة أن يقف على الإرادة غير المعلنة. في هذه الحالة ثمة مناهج مختلفة للإسناد تقوم على أساس << التركيز الموضوعي >> للعلاقة ، سواء أكان هذا التركيز قضائيا أم تشريعيا . ويمكن للباحث أن يجمع

(١) في هذا المعنى ، باتيفول ولاجارد ، ص ٥٠٩ ، برنارد أودي ، فقرة ٢٢٤ ، مايير ، فقرة ٧٣ ، لوسوارن وبوريل ، المرجع السابق ، هولو وفوييه ودو لابراديل ، فقرة ٤٩٥ وما بعدها .

(٢) راجع فيما ذهبنا إليه في الفقه المصري من ضرورة أن تكون الإرادة الضمنية مؤكدة والسند القانوني لقولنا ، مؤلفنا قانون العمليات المصرفية الدولية المرجع السابق ، ص ٤٠ وما بعدها .

عمليات التركيز هذه في إطار منهجين :

المنهج الأول : وهو إتجاه تشريعي يقوم فيه المشرع بنفسه بعملية التركيز الموضوعية للرابطة عند تخلف قانون الإرادة محدداً بصورة آمرة القانون الواجب تطبيقه . هذا المذهب مأخوذ به عند العديد من التشريعات العربية من بينها القانون المصري (م ١٩ مدني) والإماراتي (١٩ ق.م.م) حيث يقضي هذا القانون - في هذا الفرض - بتطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إن إتحدا موطناً ، وإلا فقانون محل إبرام العقد إن اختلفا موطناً .

ويوصف هذا المنهج بأنه " عام وجامد " . فهو عام يسري بالنسبة لكافة العقود دون تمييز بينها ودون نظر لما يتسم به كل منها من طبيعة خاصة . فهو يسري إن طبق على إطلاقه دون تمييز بين عقد العمل على حظورته وعقد إيجار منقول من المنقولات المادية مع ما بين الإثنين من فوارق وأهمية . إن هذا المنهج يفترض أن مركز الثقل في كافة العقود هو دائماً أبداً في الموطن المشترك للمتعاقدين وإلا ففي الدولة التي أبرم فيها العقد . وتلك مفترضات كثيراً ما لا تصدق وبصفة خاصة بالنسبة لمحل الإبرام الذي غالباً ما يكون عرضياً وليد الصدفة .

ولعل هذه المعايب هي التي دفعت الفقه المصري في مجموعه إلى القول بأن ضابط الإسناد المقرر في المادة ١٩ لا يسري في شأن كافة العقود . فالجمود والإطلاق في هذه الضوابط التي وضعها المشرع أمر من شأنه أن يَصِمَ هذه الضوابط المحددة سلفاً بالقصور وعدم الواقعية وعجزها عن تحقيق الغاية التي ترمي إليها القاعدة ذاتها .

<u>في ضوء ما تقدم يمكن للباحث أن يقرر الحكم الآتي</u> : لما كان ضابط الإسناد المحددسلفاً من قبل المشرع قد يبدو غير ملائم في بعض الفروض، فإنه يجب

التنسيق بينه وبين قاعدة التنازع في القانون المُعيِّن لحكم العقد . مثلاً، إذا لم يختر أطراف العلاقة قانوناً معيناً لحكمها ، ولم يكن موطن الطرفين واحداً فإن القاضي المصري أو الإماراتي سوف يطبق قانون محل إبرام العقد، أي القواعد الموضوعية في الدولة التي أبرم العقد فيها. وقد يعِّن للقاضي -في ظروف معينة خاصة بعقد من العقود- أن هذا القانون غير ملائم ساقته الصدفة ولا يحقق الغاية من الضابط بل ويعجز عن تنظيم العلاقة. عند ذاك قد يكون في الأخذ بالإحالة والرجوع إلى قواعد الإسناد في هذا القانون (قانون محل إبرام التصرف) مايحقق مصالح الأطراف ويحمي توقعاتهم[1] . فقد تشير قاعدة الإسناد في دولة الإبرام إلي تطبيق قانون دولة تنفيذ العقد (الذي يعقد الاختصاص لنفسه) ، سواء أتمت الإحالة إلى قانون القاضي أم إلى قانون دولة ثالثة . تطبيق قانون دولة التنفيذ الذي وصلنا إليه من خلال الإحالة قد يكون حلاً نموذجياً بالنسبة لبعض التصرفات مثل الأوراق التجارية [2] ومثل عقد العمل . يشهد بسلامة التحليل الذي نقول به أن الفقه المعتمد في مصر يذهب إلى ضرورة " تطبيق قانون الدولة التي يجري فيها تنفيذ العمل في جميع الحالات، أي سواء بالنسبة للجانب التنظيمي أم بالنسبة للجانب غير التنظيمي، وسواء كان تنفيذ العمل في مصر أم في الخارج ، إذ أن من شأن هذه القاعدة كفالة وحدة القانون المطبق على عقد العمل "[3].

وهكذا قد تبدو الإحالة بوصفها أداة نموذجية لتحقيق التناسق والتعاون مع قاعدة الإسناد الأجنبية لبلوغ أهداف وغايات عزيزة قد تعجز قاعدة الإسناد الوطنية وحدها في صورتها العامة المجردة عن بلوغها . وعليه فإنه يمكن بذلك أن نصل في بعض الفروض عبر " الإحالة " إلي بلوغ حلول نموذجية نحن في حاجة إليها في إطار

(١) في هذا المعنى ، برنار أودي ، القانون الدولي الخاص ، فقرة ٢٢٤ ص ١٨٩ .

(٢) راجع مؤلفنا في تنازع القوانين في الأوراق التجارية ، ص ١٥٧ ومابعدها .

(٣) الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ٣٣٧ .

العلاقات الخاصة الدولية وهو الأمر الذي قد يغني في هذه الحالات عن خلق قاعدة إسناد جديدة تلائم العلاقة المطروحة والتي يبدو فيها واضحاً عجز قاعدة الإسناد المندرجة تحتها فرضاً عن تحقيق الحماية المرغوب فيها .

المنهج الثاني : وفيه يضطلع القاضي بنفسه بعملية تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد عبر مسالك مختلفة : تركيز الرابطة العقدية تركيزاً موضوعياً، أو تطبيق أكثر القوانين اتصالا بالعلاقة، أو تطبيق قانون المدين بالأداء المميز في العقد[1] .

الفرض الطبيعي في هذا المنهج أن القانون الذي تم تعيينه هو أكثر القوانين إتصالا وإرتباطا بالعلاقة ، الأمر الذي يعني استبعاد الإحالة عند ذاك . والقول بغير ذلك قد يؤدي إلى نتيجة شاذة : أن نقبل الإحالة من قانون الدولة الأكثر والأوثق إتصالاً بالعلاقة العقدية إلى قانون آخر أقل إرتباطا أو صلة بها [2].

هـ - إخضاع شكل التصرف لقانون محل الإبرام ومدى اللجوء للإحالة المصححة : Validant :

يجري العمل في التشريعات المقارنة على إخضاع شكل التصرف لقانون محل إبرامه وذلك بقصد التيسير على المتعاقدين الذين قد يصعب عليهم العلم بأحكام قانون غير قانون الدولة التي أبرم فيها العقد . فوق أن في إعمال هذا الحل احتراماً لتوقعات الأطراف وتيسير إبرام العقود الدولية .

والسؤال : هل يمكن اللجوء للإحالة في مثل هذه الحالة ؟ في تقديرنا أن الحل قد يتباين من حالة لأخرى بحسب الغاية التي ترمي إليها قاعدة الإسناد. فالرغبة في

(١) في تفصيلات هذه المسائل وتقديرها ، مؤلفنا في قانون العمليات المصرفية الدولية ، ص ٥٧ وما بعدها .

(٢) في هذا المعنى ، لوسوارن وبوريل ، المرجع السابق ، فقرة ٢١٨ ص ٢٢٣ ، Audit ، المرجع السابق ، فقرة ٢٢٤ ص ١٨٩ وفي عكس ذلك ، ديبي جيرار ، رسالة فقرة ٣٣٤ وما بعدها ؛ وقارن مع هولووفوييه ودولابراديل ، المرجع السابق ، فقرة ٤٩٦ ، ص ٣٤٩ - ٣٥٠ .

التيسير على المتعاقدين يجب أن توجه الحل الذي يجب اعتناقه. وعليه إذا كان التصرف صحيحاً من الناحية الشكلية وفقاً للقواعد الموضوعية في محل الإبرام فلا محل للأخذ بالاحالة إذ أن الغاية من القاعدة قد تحققت على نحو ما أراده لها المشرع بوضع قاعدة الإسناد هذه .

أما إذا لم تتحقق الغاية المرجوة من القاعدة بأن كان التصرف باطلاً وفقاً للقواعد الموضوعية في قانون دولة إبرام التصرف،وكانت قاعدة الإسناد في هذا القانون تحيل إلى قانون أخر(القانون الذي يحكم موضوع العلاقة أو قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين) يعتبر العلاقة صحيحة وفقاً لأحكامه الموضوعية، سواء أكان قانون القاضي أم قانون آخر أجنبي،فإن الأخذ بالإحالة عندئذ يكون أمراً مقبولاً وله مايبرره. وهكذا تبدو الإحالة بوصفها طريقاً يساعد على أن تحقق قاعدة الإسناد الوطنية هدفها في بعض فروض تبدو عاجزة فيها عن بلوغ هذا الهدف العزيز[1] .

هذا ، ويجب أن نلاحظ هنا أن التحليل المتقدم يفترض أن محل إبرام التصرف يحكم شكل التصرف القانوني بوصفه ضابط الإسناد الوحيد . وخصوصية هذا الوضع تختلف عن الفرض حيث تتضمن قاعدة الإسناد الخاصة بشكل التصرف أكثر من ضابط وهو ما نعرض له .

الفرض حيث يتعلق الأمر بقاعدة إسناد ذات صبغة موضوعية أو مادية:

هناك حالات متعددة يرصد فيها المشرع الوطني أكثر من ضابط إسناد لحكم

---

(١) في هذا المعنى في الفقه الفرنسي ، باتيفول ولاجارد ، ص ٥٠٨ وهامش (٦) من ذات الصفحة والطبعة الثامنة ١٩٩٣) وبذلك يكون الفقيهان الكبيران قد عدلا عما سطراه في الطبعات السابقة ، هولو وفوييه ودولابراديل ، فقرة ٤٩٧ ص ٢٥٠، *Audit* ، المرجع السابق ، فقرة ٢٢٣ ص ١٨٨، لوسوارن وبوريل ، المرجع السابق ، فقرة ٢٢١ ص ٢٢٤. وانظر في تطبيق مباشر للإحالة من الدرجة الثانية ، نقض فرنسي ١٥ يونيه ١٩٨٢ ، المجلة الإنتقادية ١٩٨٣، ص ٣٠٠ مع تعليق *clunet,Bischoff* ١٩٨٣، ص ٥٩٥ مع تعليق*Lehmann* دالوز ١٩٨٣ ص ٤٣١ مع تعليق *Agostini* . وفيه قبلت المحكمة العليا في خصوص مسألة متعلقة بشكل الزواج ، الإحالة من القانون الإيطالي على القانون السوري .

المسألة الواحدة قاصدا بذلك تحقيق نتيجة مادية معينة هي صحة العلاقة المبرمة . والحال كذلك ، فإن القاضي يطبق هذه الضوابط بطريقة اختيارية بحيث يكفي تحت بصره أن تكون العلاقة صحيحة مثلاً وفقاً لأي من القوانين المشار إليها بمقتضى ضابط من الضوابط المتعددة .

خذ على ذلك مثالاً الحكم الوارد في المادة ٢٠ مدني مصري والذي بمقتضاه اخضع المشرع شكل التصرفات القانونية لقانون بلد إبرامها ، أو القانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية ، أو قانون الموطن المشترك للمتعاقين أو قانون جنسيتهما المشتركة . فيكفي أن يكون التصرف صحيحاً من الناحية الشكلية وفقاً لأي من هذه القوانين التي حددها المشرع ولو كان باطلاً وفقاً للقوانين الأخرى . ومثل هذه القاعدة توصف بأنها قاعدة ذات طابع موضوعي ترمي إلى تحقيق نتيجة معينة . بعبارة أخرى ، المضمون الموضوعي للحل هو أمر محل اعتبار تحت نظر واضع القاعدة سواء أكان المشرع أم القاضي . والسؤال الآن : هل ثمة محل للأخذ بالإحالة فيما لو تعلق الأمر بتطبيق قاعدة ذات طابع اختياري من النوع المتقدم ؟

يبدو لنا من الناحية العملية أن اللجوء للإحالة في مثل هذا الفرض قد لا يعرض . السبب في ذلك بسيط : نحن بصدد قاعدة اختيارية تفتح المجال واسعاً أمام تطبيق أكثر من قانون ويكفي أن يكون التصرف صحيحاً وفقاً لاحداها . وكلما تعددت القوانين التي يرصدها المشرع والتي يكون التصرف صحيحاً إن وافق واحداً منها ولو كان باطلاً بالنسبة لغيره ، كانت الحاجة إلى الإحالة قليلة الأهمية والعكس صحيح عندما يقل عدد القوانين التي يطبقها القاضي بطريقة اختيارية .

ومع ذلك فإن الأساس النظري الذي تبنى عليه الإحالة أخذاً أو رفضاً قد يسمح - حتى في هذا الفرض - بالأخذ بالإحالة . وعلى ذلك ، فإنه يمكن الأخذ بالإحالة في رأينا - مع تعذر تصور المسألة عملاً - فيما لو كانت العلاقة باطلة وفقاً

للقواعد الموضوعية في مختلف القوانين التي وضعها المشرع تاركاً للقاضي تطبيقها بصورة اختيارية ، وكانت قواعد الإسناد في أي من هذه القوانين تعقد الاختصاص لقانون يصحح العلاقة[1] .

من باب الايضاح والتيسير نأخذ مرة أخرى القاعدة المنصوص عليها في المادة ٢٠ من القانون المدني المصري والتي وفقاً لها يكون التصرف صحيحاً من الناحية الشكلية إذا جاء كذلك وفقاً لقانون بلد الإبرام ، أو القانون الذي يحكم العقد من الناحية الموضوعية أو قانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو قانون جنسيتهما المشتركة. فإذا ثار نزاع أمام القاضي المصري فيجب عليه أن يتأكد من أنه متي صادف التصرف في صحته واحداً من هذه القوانين المذكورة كان التصرف صحيحاً من الناحية الشكلية . والحل الذي يصل إليه القاضي عند ذاك لا يكون وليد إحالة من أحد هذه القوانين على الآخر. أبداً. إن القاضي بصدد قاعدة إسناد أشارت إلى عدة ضوابط اختيارية ، إن لم يكن هذا فذاك، وهكذا حتى يستنفد مراجعة القوانين المتاح له الاختيار بينها . فإن فرغ من مراجعة المضمون الموضوعي لهذه الضوابط وانتهى إلى أنها جميعاً تبطل العلاقة من الناحية الشكلية كان عليه أن يعيد أوراقه بحثاً عما قد تسفر عنه الإحالة . وعلى ذلك يمكن الأخذ بالإحالة فيما لو كانت العلاقة باطلة ، وفقاً للقواعد الموضوعية المقررة في مختلف القوانين التي أشارت إليها قاعدة الإسناد متعددة الضوابط ، متى كانت قاعدة الإسناد في أي من هذه القوانين تحيل على قانون آخر - قانون القاضي أو غيره - يجعل العلاقة صحيحة . الفرض عملاً صعب التحقيق، لكن الهدف النهائي لقاعدة الإسناد لا يلفظه وفق الإطار العام الذي انتهجناه في هذه الدراسة التحليلية .

(١) في هذا المعنى ، لوسوارن وبوريل ، المرجع السابق ، فقرة ٢٢١ ص ٢٢٤ - ٢٢٥ ، وقارن مع هولو وفوييه ودولابراديل ، المرجع السابق ، فقرة ٤٩٨ ص ٢٥٠ .

و - كيفية التغلب على الصعوبات الواقعية التي تعوق إعمال الإحالة :

أولاً: الإحالة وتعذر الوقوف على مضمون القانون الأجنبي :

إعمال الإحالة يفترض بداهة أن القاضي الوطني - المصري أو غيره - على معرفة بالقانون الذي عينته قاعدة الإسناد الأجنبية ، أي القانون المحال إليه ، وأن من الميسور إعمال هذا القانون . على أن الأمور لا تمضي بهذه البساطة . وفي هذا الشأن يمكن أن نتصور الفرضين الآتيين :

أ - تعذر الوقوف على مضمون القانون المحال إليه :

لفهم هذه المسألة نطرح المثال الآتي : أشارت قاعدة الإسناد الوطنية في قانون القاضي إلى تطبيق قانون أجنبي (الفرنسي مثلاً) ، فإذا أحالت قواعد الإسناد في هذا القانون إلى قانون دولة ثالثة (الإيطالي مثلاً) قَبِل الاختصاص لنفسه بمقتضى قواعد الإسناد فيه، فإن ثمة مشكلة قد تعرض : ماذا لو تعذر على القاضي الوطني أن يقف على مضمون القانون الأجنبي ؟ المشكلة تثور كذلك فيما لو كان القانون المحال إليه مخالفاً للنظام العام والآداب في دولة القاضي .

يبدو لنا أنه يجب في هذه الحالة وتلك الاعراض عن الإحالة وتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية مباشرة[1] . فهذا الحل هو الذي يتفق والمبدأ الذي قررنا وهو أن الأصل تطبيق القانون الذي عينته قاعدة التنازع الوطنية . وهذا الحل يكون هو الأفضل ويتفق ووظيفة قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص . وقد يقول قائل بضرورة الرجوع إلى أحكام قانون القاضي بما له من دور احتياطي . بيد أننا نرجح إعمال الحل الأول ولا نرجع لقانون

(١) في هذا الإتجاه في فرنسا ، مايير المرجع السابق ، فقرة ٢٣٧ ص ١٥٦ .

القاضي إلاَّ إذا تعذر الوقوف على مضمون القواعد الموضوعية في القانون الذي تحدد اختصاصه بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية .

ب - الإحالة ومنهجية " القانون الخاص بالعلاقة " :

الفرض في هذه الحالة أن تشير قاعدة الإسناد الوطنية - في الدولة التي تقبل الإحالة - إلى قانون أجنبي تشير قواعد الإسناد فيه إلى تطبيق قانون دولة ثالثة تأخذ بما يُسمى " بالقانون الخاص بالعلاقة "La proper Law . في هذا الفرض يصادف القاضي صعوبة عملية بالغة التعقيد قد تعجزه عن إعمال الإحالة . ذلك أن إعمالها يفترض بداهة معرفة يقينية بالقانون الذي تحدده قاعدة التنازع الأجنبية. وإذا كان من شأن منهجية " القانون الخاص بالعلاقة " التضحية بمبدأ توقع الحلول، فإن من شأن هذه المنهجية أن يجد القاضي الوطني نفسه في وضع يتعذر عليه فيه أن يعرف ما إذا كان القانون الأجنبي يقبل الإختصاص أم يرفضه، وما إذا كان من ثم يأخذ بالإحالة أم لا [1].

والذي نراه في هذه الحالة أنه لما كان أساس منهجية " القانون الخاص بالعلاقة " هو قيام القاضي - بالنظر إلى كل حالة على حدة - بالبحث عن أكثر القوانين إتصالا بالعلاقة أو المركز المطروح، فإن المسألة لها فرضان :

- أن يقف القاضي الناظر في المنازعة على القانون الخاص بالعلاقة فيطبقه مباشرة بحسبان أنه أكثر القوانين اتصالاً بالعلاقة وأقدرها على حكمها . والبحث عن غيره يعني في الواقع : هجر الأكثر صلة بالعلاقة أو المركز القانوني والبحث عن الأقل صلة وهذا أمر تلفظه الغاية من قواعد الإسناد ذاتها .
- ألا يستطيع القاضي الكشف عن " القانون الخاص بالعلاقة " . في هذه

(١) لوسوارن وبوريل ، المرجع السابق ، فقرة ٢١٧ ص ٢٢٢ وعندهما طرح للمشكلة دون مناقشتها ورصد حل لها .

الحالة يجب تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية .

ثانياً : الإحالة ومسألة الحلقة المفرغة وكيفية الخروج منها :

الإحالة من الدرجة الأولى ، أي لقانون القاضي لا تثير عناء ، ويكون على القاضي الإماراتي أو المصري فيما لو أخذ بها أن يطبق القواعد الموضوعية في قانونه مباشرة . وهذا الحل قننه صراحة قانون المعاملات المدنية الإماراتي (م ٢/٢٦) كما رأينا .

والمشكلة التي ركز عليها ناقدوا الإحالة ورأو فيها الحجة القاطعة على فساد الإحالة وعدم منطقيتها ومن ثم هجرها ، هي مشكلة " الحلقة المفرغة " التي تؤدي إليها . خذ فرضاً لا يكف ناقدوا الإحالة عن ذكره ذلك المتعلق بالحالة الشخصية لإنجليزي متوطن في ألمانيا ويثار النزاع أمام القاضي الفرنسي . قاعدة الإسناد الفرنسية تشير إلى القانون الإنجليزي (قانون الجنسية) الذي يحيل إلى القانون الألماني (قانون الموطن)، الذي يعاود الإحالة إلى القانون الإنجليزي (قانون الجنسية) وهكذا دواليك .

في إطار المنهج التحليلي القائم على بحث الغاية من قاعدة الإسناد ووظيفتها والنظر إليها في إطار من روح التنسيق بينها وبين قاعدة (أو قواعد) الإسناد الأجنبية ، ما هو السبيل الذي يمكن أن تنغلق معه هذه الدائرة المفتوحة لنقف عند حد معين ؟ بعبارة أخرى ، إذا تعلق الأمر باحالة من الدرجة الثانية وكان القانون الأجنبي المحال إليه لا يعقد الاختصاص للقواعد الموضوعية فيه وإنما يستمر في رفض الاختصاص والإحالة لقانون آخر، فأين يجب أن نقف لنخرج من هذه الحلقة المفرغة ؟ بعبارة أخرى : ماالحكم في حالة استمرار الإحالة وتتابعها ؟

يذهب خصوم الإحالة كما رأينا إلى أنه قد يكون من العسير، إن لم يكن من المستحيل ، إجراء الإحالة من الدرجة الثانية . فقد تتابع الإحالة وتستمر دون توقف الأمرالذي يترتب عليه أن يطوف القاضي قوانين الأرض دون أن يجد من بينها قانوناً يقبل الإحالة إليه .

والواقع من الأمر أن تتابع الإحالات وتعاقبها دون توقف عند حد معين من دولة إلى أخرى هو محض تصور نظري يَعِزُّ أن يصادف في الحقيقة تطبيقاً ، لسبب بسيط هو أن ضوابط الإسناد الخاصة بمركز قانوني معين عادة ما تكون محدودة ومحصورة [(1)]. والحال كذلك، فالأمر منتهٍ ولابد عند تعاقب الإحالات بوجود قانون يقبل الاختصاص المحال إليه من قانون آخر .

في ضوء هذه الملحوظة المبدئية يمكن أن نتمثل الفروض الآتية :

١- أن يقبل القانون المحال إليه الاختصاص بحكم المسألة القانونية المطروحة كنتيجة للمماثلة أو التطابق بين قاعدة الإسناد في القانونين المحيل والمحال إليه :

ويمكن أن ندلل على ذلك بالمثال الذي أعمله القضاء الألماني منذ سنة ١٩١٧ في خصوص منازعة متعلقة بميراث بلجيكي مات في روسيا مخلفا وراءه فيها أموالاً عقارية ومنقولة . قاعدة التنازع الألمانية تعقد الاختصاص في مسائل الميراث للقانون البلجيكي بوصفه قانون جنسية المتوفي . وقاعدة الإسناد البلجيكية تحيل إلى القانون الروسي بوصفه قانون موقع المال ، وقاعدة الإسناد الروسية في هذا الوقت كانت تعقد الاختصاص بدورها للقانون الروسي .

---

(١) باتيفول ولاجارد ، المرجع السابق ، فقرة ٣٠٨ ص ٥٠٢ ، هولو وفوييه ودولابراديل ، رقم ٥١٢ ص ٢٥٥ ، لوسوارن وبوريل فقرة ٢١٦ ص ٢٢٢ ، وفقرة ٢٠٢ ص ٢٠٦ ، مايير ، رقم ٢٢١ ص ١٤٩ . وفي مصر استاذنا الدكتور فؤاد رياض بالاشتراك مع الدكتورة سامية راشد ، فقرة ١٠٣ ص ١٢١ .

والبـيِّن من هذا المثـال أن القـانون الروسي - المحـال إليـه - قـد قـبل الاختصاص بحكم هذا الميراث حيث قد تطابقت قاعدة الإسنادفيه مع قاعدة الإسناد في القانون البلجيكي. ومن هنا لم تتردد المحكمة الألمانية العليا في إعمال أحكام القانون الروسي الخاص بالميراث على هذه المسألة [1] .

ونعتقد، في مقام التقدير، أن هذا الحل منطقي يترجم غاية قاعدة الإسناد ويحقق تناسقا نموذجياً بين القوانين المتصلة بالعلاقة. فالإحالة هنا، وكما هو بين، أدت إلى تطبيق قانون يجسد أكثر الحلول قبولاً من الدولة المتصلة بالعلاقة. فلقد أجمع، في هذا المثال، قانونان على اخضاع الميراث للقانون الروسي هما القانون البلجيكي والقانون الروسي ، أما القانون البلجيكي فلم يشر باختصاصه إلاً قانون واحد هو القانون الألماني .

٢ - أن يتعاقب تسلسل الإحالات بفعل إرتداد الاختصاص إلى الوراء من أحد القوانين المتعاقبة إلى قانون سبق استشارة قواعد الإسناد فيه :

مثال ذلك أن تثور أمام القاضي المصري منازعة متعلقة بأهلية إنجليزي متوطن في بلجيكا. قاعدة الإسناد المصرية تعقد الإختصاص للقانون الإنجليزي بوصفه قانون جنسية الشخص، بينما قاعدة الإسناد الإنجليزية تحيل إلى القانون البلجيكي (قانون الموطن) وقواعد التنازع في القانون البلجيكي تحيل إلى القانون الإنجليزي وهكذا دواليك .

واضح أننا بصدد فرض طريقه مفتوح ، يرتد فيه الاختصاص إلى الوراء إلى قانون سبق استشارة قواعد الإسناد فيه . والسؤال ما الحل ؟ نرى أنه يجب البحث عن حل من شأنه أن يحقق النتائج الآتية :

---

(١) انظر هذا القضاء مشارا إليه عند باتيفول ولاجارد ، المرج السابق ص ٥٠١ هامش ١/٣٠٧ والمراجع المشار إليها فيه .

١- إقالة الإحالة من عثرتها والصمود بها في مواجهة نقد لو صح في حقها لربما أدى إلى هدمها من أساسها .

٢- حل يحقق الغاية من قاعدة الإسناد متمثلة في تحقيق التعايش المشترك والتنسيق بين النظم القانونية المتصلة بالعلاقة وصولاً إلى أكثر الحلول تلبية لمصالح التجارة الدولية وحماية المصالح الخاصة للأفراد عبر الحدود .

والسؤال مرة أخرى ما هو الحل الذي يحقق هذه الغايات ؟ ثمة حلان مُتصَوران :

الأول : أن نطبق قانون القاضي المنظور أمامه المنازعة . فطالما أن القوانين المختلفة التي عرض عليها الاختصاص قد رفضته ودخلنا في دائرة العودة مرة أخرى للوراء "reteour en arriér" فيبدو أنه لا مناص من الرجوع إلى قانون القاضي . هذا القول قد يجد هوى عند القائلين بأن هناك قاعدة تنازع احتياطية مؤداها أنه إذا حددت قاعدة التنازع في قانون القاضي قانوناً أجنبياً لحكم النزاع ، وعُرِض الاختصاص عليه ورفضه ، فإن الاختصاص يعود مرة أخرى من حيث رحل إلى قانون القاضي باعتباره صاحب الاختصاص العام . على أن مثل هذا الحل غالباً ما يخل بتوقعات الأفراد ، ويناهض تماماً الأساس الذي اعتمدناه لقبول الإحالة أو رفضها وهو البحث عن غاية قاعدة الإسناد ووظيفتها في إطار من التنسيق والتعايش بينها وبين غيرها من قواعد الإسناد الأخرى الأجنبية . والحال كذلك وجب هجره [(١)] .

الثاني : أن نطبق القواعد الموضوعية في القانون الذي تحدد اختصاصه بداءة

(١) انظر الفقهاء القائلين باعمال قانون القاضي في هذا الفرض ، باتيفول ولاجارد المرجع السابق ، ص ٥٠٢ هامش ٣٠٨/٣ .

بمقتضى قاعدة التنازع في قانون القاضي[1] . وأساس هذا الحل يكمن في الاعتبارات الآتية :

١ - الأصل العام هو أنه إذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي فإنه يقصد بهذا القانون القواعد الموضوعية فيه . هذا الأصل العام على قاعدة الإسناد الوطنية يسمح بإعمال الإحالة استثناء في فروض متعددة ترجع إلى أن المشرع حين يضع قواعد الإسناد عنده لا ينسق مع غيره . في ظل هذا المسلك الأحادي الجانب قد تأتي قواعده - المنظمة لعلاقات على اتصال بأكثر من قانون - قاصرة في بعض الحالات عن تحقيق الغاية التي تسعى إليها . عند ذاك قد يظهر أن تلك الغاية لا تتأتى إلا على ضوء التنسيق بين قواعد التنازع في القوانين المتصلة بالعلاقة .

ومقتضى ذلك في الجملة ، أن إعمال الإحالة هو استثناء له شروطه ، إن انتفت تعين الرجوع إلى الأصل وهو تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية في قانون القاضي[2] .

٢ - الأصل العام هو أن القانون الواجب التطبيق متمثلا في القاعدة الموضوعية في القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد يكون على اتصال وثيق بالمسألة المطروحة . فالأصل - كما نعلم - أن ضابط الإسناد مستمد من مركز الثقل في العلاقة .

٣ - إن هذا الحل يعد هو الأفضل إذ يؤدي إلى تحقيق الاتساق القانوني بين الحلول حيث ستتوحد هذه الحلول بين غالبية الدول المتصلة بالعلاقة . إذ لما

---

(١) باتيفول ولاجارد ، المرجع السابق ، فقرة ٣٠٨ ص ٥٠٢ .

(٢) مايير ، المرجع السابق ، فقرة ٢٣٦ ص ١٥٦ ، باتيفول ولاجارد ، المرجع السابق ، فقرة ٣٠٨ ص ٥٠٢ ، لوسوارن وبوريل ، فقرة ٢١٦ ص ٢٢٢.

كان من المتعذر التوفيق بين سائر الحلول، كان من شأن الحل المقترح أن يؤدي إلى تعيين قانون يكون اختصاصه مقبولاً بواسطة قواعد التنازع في قانون دولتين من بين الدول الثلاثة المرتبطة بالعلاقة[1]. للإيضاح نعاود طرح المثال التالي : إذ أثيرت منازعة أمام القضاء المصري متعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على أهلية انجليزي متوطن في بلجيكا، فإن قاعدة التنازع المصرية سوف تحدد قانون جنسية الشخص (القانون الانجليزي)، بينما قاعدة التنازع الانجليزية سوف تحيل إلى قانون الموطن (القانون البلجيكي)، الذي سيحيل بدوره إلى قانون الجنسية (القانون الإنجليزي) .

واضح هنا أن هناك قوانين ثلاثة متصلة بالعلاقة : القانون المصري والقانون الإنجليزي والقانون البلجيكي . قانونان منهما وهما المصري والبلجيكي عقدا الاختصاص لقانون الجنسية الإنجليزي ، بينما القانون الإنجليزي عقد الاختصاص للقانون البلجيكي . وهكذا في الحالات الأخرى المماثلة .

المطلب الرابع

تقدير موقف المشرع المصري ومن على شاكلته

ظهر لنا مما تقدم أن المشرع الإماراتي أخذ بالإحالة من الدرجة الأولي ، بينما المشرع المصري ومعه غالبية التشريعات العربية يرفضون الأخذ بالإحالة بنوعيها ، سواء أكانت لقانون القاضي(الدرجة الأولى) أم لقانون دولة ثالثة (من الدرجة الثانية) . وأبرزنا أن المشرع الإماراتي كان من حيث المبدأ موفقاً وتمنينا عليه لو أنه أخذ بالإحالة من الدرجة الثانية لا كقاعدة عامة ولكن متى اقتضت ذلك وظيفة

(١) لوسوارن وبوريل ، المرجع السابق ، فقرة ٢١٧، ص ٢٢٢ ، مايير ، المرجع السابق ، فقرة ٢٣٦ ص ١٥٦ ، وقارن مع ذلك بما يقول به هولو وفوييه ودولابراديل ، المرجع السابق ، فقرة ٥١٣ ص ٢٥٥ .

قاعدة الإسناد وغايتها في إطار من التعاون والتنسيق بينها وبين قواعد الإسناد الأخرى الأجنبية في القوانين المتصلة بالعلاقة ، أما المشرع المصري فإنه لم يكن موفقاً حين رفض الأخذ بالإحالة بصفة مطلقة . ونعتقد أن ما قدمناه من تحليل من خلال المفهوم الوظيفي لقاعدة الإسناد يشهد لنا بسلامة ما نقول . وإذ كان الفقه المصري في غالبيته قد ناصر المشرع في مسكله[1] ، فإن هذا الموقف -لدى غالبية الفقهاء - مرده إحساسه بأن في الأخذ بالإحالة تعقيداً لمنهجية تنازع القوانين فوق تعقيد تعاني منه سلفاً [2] . ولبيان سلامة وجهة نظرنا نعرض لمناقشة الحجج التي قالت بها المذكرة الإيضاحية للقانون وتلك التي أوردها الفقه المصري .

أولاً : رفض المشرع المصري الأخذ بالإحالة بنوعيها (م ٢٧ مدني) على سند من القول بأن " قاعدة الإسناد حين تجعل الاختصاص التشريعي لقانون معين تصدر عن اعتبارات خاصة ، وفي قبول الإحالة أيا كان نظامها تفويت لهذه الاعتبارات ونقض لحقيقة الحكم المقرر في تلك القاعدة ".

وقد تلقف البعض هذه الحجة وردوها بقوله" إن الأخذ بالإحالة أياً كان نوعها يتنافى في ذاته مع الحكمة التي يستهدفها المشرع الوطني عادة عند وضعه لقواعد التنازع ، وهي اختيار أكثر القوانين ملاءمة لحل مشاكل الحياة الخاصة الدولية . إذ لو كانت هذه هي حكمة قواعد التنازع فكيف يتسنى تجاهل تطبيق الأحكام الموضوعية في القانون الذي تشير باختصاصه بدعوى

---

(١) الدكتور منصور مصطفى منصور ص ١٠٩ ، الدكتور جابر جاد ، فقرة ٢٠٩، الدكتور محمد كمال فهمي، ص ٣٥٣ ، الدكتور هشام صادق فقرة ٥٦ ص ٢٠١ وما بعدها ، الدكتور بدر الدين عبد المنعم شوقي ، ص ٥١ وما بعدها، الدكتور أحمد الهواري ، ص ٨٤ وما بعدها .

(٢) وهذه الحجة قيل بها صراحة في الفقه الفرنسي ، راجع ذلك معروضاً عند Mayer ، المرجع السابق، فقرة ٢٢٩ ص ١٥٣ ، وبها قال صراحة البعض في مصر ، الدكتور أحمد الهواري ، المرجع السابق ، فقرة ٢٢٥ ص ٨٥ حيث يقول " إن الأخذ بالإحالة ليس من شأنه دائماً تحقيق الاتساق القانوني ووحدة الحلول . وبفرض تحقق هذا الهدف فإن ذلك يكون بمقابل باهظ هو زيادة تعقيد منهج الإسناد " .

أن هذا القانون قد فض مشكلة التنازع على نحو آخر "[1] .

نحن لا نشكك في أن قاعدة الإسناد تصدر عن اعتبارات خاصة . هذه المقدمة صحيحة لا غبار عليها . لكن ما ليس بصحيح هو القول بأن في الأخذ بالإحالة " تفويتا لهذه الاعتبارات ". فقد ظهر لنا بجلاء أن قبول الإحالة أو رفضها مستمد من مدى تحقق الاعتبارات الخاصة التي ترمي إليها قاعدة الإسناد. فنحن -كما ذكرنا- بصدد حل وظيفي يأخذ في الحسبان النتائج العملية للإحالة وما إذا كانت تحقق الغاية من قاعدة الإسناد أم لا. والحال كلك فإن الحل يكون كالآتي : تقبل الإحالة إن تحققت مع ذلك الاعتبارات الخاصة التي تقوم عليها قاعدة الإسناد بينما تكون مرفوضة في الفرض العكسي . والأخذ بها أو رفضها ينطلق من اعتبارات أساسها عملية التحليل المنطقي المدرك لوظيفة قاعدة الإسناد وغايتها . وفي ظل هذا الفهم يبدو لنا أن ما قالت به المذكرة الايضاحية للقانون ليس بالقول السديد . فالتبرير ليس دقيقاً والإطلاق غير مقبول .

ثانياً : ويضيف البعض قوله إن المشرع المصري قد أحسن صنعاً برفضه الإحالة ، ذلك أن " منطق الإحالة قد يؤدي إلى الحلقة المفرغة ، ويثير بذلك صعوبات عملية من العسير تلافيها ، كما فإن الإحالة .. تفتقر إلى حد كبير إلى أساس نظري سليم. وإذا كان جانب من الفقه الحديث في بعض الدول ومن بينها فرنسا قد أعلن إيمانه بالإحالة القريبة بصفة خاصة ، وحاول في هذا السبيل أن يتلمس لها سنداً فقهياً سليماً ، فإن مرد ذلك .. هو رغبة هذا الفقه في تبرير الحلول القضائية التي استقرت على الأخذ بالإحالة إلى قانون القاضي "[2] .

(١) الدكتور هشام صادق ، طبعة ١٩٧٤ ، فقرة ٥٣ ص ١٩٢ .

(٢) الدكتور هشام صادق طبعة ١٩٧٤، ص ٢٠٢ .

ونحن من جانبنا لا نتفق مع أصحاب هذه الحجة ، فقد رأينا أن الحجة المقال بها عن أن الإحالة تؤدي إلى الوقوع في حلقة مفرغة ، حجة لا تصدق من الناحية العملية لقلة عدد ضوابط الإسناد الخاصة بكل مسألة قانونية من المسائل . فوق ذلك فإنا نعتقد أن ما نقول به من الأخذ بالإحالة أو رفضها إنما يتحدد في ضوء وظيفة قاعدة الإسناد ذاتها، يعد-تحت ناظرينا- هو الأساس الفني السليم الذي ترتكن إليه المسألة . ولعل في تواتر القضاء على الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى والثانية ما يقطع كل سبيل أمام خصوم الإحالة عندما يقولون بأن القضاء الفرنسي يأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى لأن ذلك يعكس رغبته في تطبيق قانونه الوطني على أساس من اعتبارات مصلحية وحسب .

ثالثاً : يضيف البعض قوله " إن الأخذ بالإحالة قد يكون غير ذي جدوى في كثير من الأحوال ، وقد يكون له آثار ضارة بالنسبة لتوقعات الأفراد في بعض الأحوال الأخرى . فهو عديم الجدوى عندما تتشابه قواعد الإسناد المصرية مع تلك المعمول بها في عدد كبير من الدول كما هو الحال بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية وبالنسبة لنظام الأموال وأشكال التصرفات القانونية . فوحدة قواعد الإسناد في هذه المسائل تؤدي إلى وحدة الحلول بحيث يصبح تقرير الإحالة غير ذي أثر في هذا الصدد. وهو ضار عندما تنطوي الإحالة على الإخلال بتوقعات الأفراد إخلالا صارخاً. وأهم مجال قد يتحقق فيه مثل هذا الإخلال هو مجال الأحوال الشخصية ذلك أن ارتباط مسائل الأحوال الشخصية بالعقائد الدينية يؤدي إلى تعارض الأسس التي تقوم عليها هذه المسائل في الدول المختلفة تعارضاً جذرياً "[1] كما أن من شأن الأخذ بالإحالة الإخلال بتوقعات الأفراد في مجال العقود عندما يكون القانون

(١) الدكتور أحمد الهواري ، المرجع السابق ، ص ٨٥ .

الواجب التطبيق هو قانون الإرادة[1].

ومن غير تكرار لما سبق أن أبرزناه نؤكد أن التحليل الذي قدمناه والأمثلة التي عرضنا لها تظهر بوضوح فساد الحجة المتقدمة بمختلف شجونها . فالارتكان إلى وظيفة قاعدة الإسناد هو المعيار الذي أجريناه في شتى المسائل المتقدمة ، وتكشف لنا بوضوح أن هناك حالات عديدة لا تكون فيها الإحالة مقبولة لتعارض الأخذ بها مع وظيفة قاعدة الإسناد والعكس بالعكس صحيح .

رابعاً : وقد يذهب البعض إلى القول بأن الأخذ بالإحالة بشرط عدم إخلالها الصارخ بتوقعات الأفراد ، أمر من نتيجته خضوع المسألة " لتقدير القاضي فهو الذي يقرر وجود ذلك التعارض الصارخ من عدمه وهو أمر سوف يُختلف فيه من قاض لآخر "، كما أن " استبعاد مسائل الأحوال الشخصية والعقود من مجال الإحالة يضيق من نطاق إعمالها إلى درجة كبيرة "[2].

وهذا الدفع بشقيه لا يصح القول به في هذا المقام. فكيف يُخْشَى من تقدير القاضي عندما يتصدى لبيان ما إذا كان هناك أم لا إخلال صارخ بتوقعات الأفراد للأخذ بالإحالة من عدمه ؟ هل الأمر حلٌ من كل قيد ؟ الواقع أنه لا محل لهذا الخوف مطلقاً . فإذا كانت دولة القاضي تأخذ بالإحالة ، فإن القاضي حين يستبعد الأخذ بها احتراماً لتوقعات الأفراد إنما يخضع فيما يقرره من نتيجة إلى رقابة المحكمة العليا بحسبان أن الأمر يتعلق بمسألة قانونية . كما يكون القاضي ملزماً بطبيعة الحال بأن يسبب قراره عند إعراضه عن الأخذ بها فإن جاء قراره غير مسبب أو فاسد التسبيب خضع لرقابة المحكمة العليا . ولا شك أن في خضوع القضاة لمثل

---

(١) المرجع السابق ، ص ٨٦ .

(٢) الدكتور بدر الدين عبد المنعم شوقي ، الوسيط ، الجزء الثاني ، ص ٥٢ .

هذه الرقابة صمام أمان تتحقق معه وحدة الحلول ومنع تباين الحكم من قاض لآخر .

أما القول بأن استبعاد مسائل الأحوال الشخصية والعقود من مجال الإحالة من شأنه أن يضيق من نطاق إعمالها إلى درجة كبيرة ، فهو بدوره لا يستقيم . فالحجة بالصياغة التي طرحت بها لا يتصور أن تصدر إلاَّ من أنصار الإحالة لا ممن يقولون برفضها ! إلى ذلك فإن أحداً لم يستبعد مسائل الأحوال الشخصية من نطاق الإحالة. فالإحالة يعمل بها في هذه المسائل كما يعمل بها في غيرها متى كان الأخذ بها يتفق ووظيفة قاعدة الإسناد الوطنية ويحترم توقعات الأفراد المشروعة . ولهذا السبب أخذ القضاء الفرنسي بالإحالة في ميراث المنقولات والعقارات والانفصال الجسماني والبنوة وشكل الزواج[1] . وأخيراً فإن رفض الإحالة في مسائل العقود ليس مطلقاً وإنما له حدوده التي أوردناها ، وهو رفض - إن تحقق - لا يرتكن إلى أساس نظري وإنما يقوم على أساس من التحليل الذي يتمثل دوماً في الغاية من قاعدة الإسناد وما إذا كانت الإحالة والأخذ بها يعطل قاعدة الإسناد أم لا .

المبحث الثالث

الحل الوظيفي في القوانين الوضعية

إن فكرة الحل الوظيفي في نطاق الإحالة هي الفكرة التي يؤيدها جانب كبير من الفقه الحديث في فرنسا[2] ومصر[3] . هذه الفكرة نراها منطقية وسليمة أبرزنا عبر

(١) راجع في هذا القضاء ، هولو وفوييه ودولابراديل ، المرجع السابق فقرة ٤٧٥ ص ٢٤٢ .

(٢) في فرنسا ، Audit ، القانون الدولي الخاص ، فقرة ٢٢١ وما بعدها ، ص ١٨٦ وما بعدها ، مايير ، بصفة خاصة فقرة ٢٢٧ وما بعدها ص ١٥١ ومابعدها ، هولو وفوييه ودولابراديل ، المرجع السابق ، فقرة ٤٨٧ وما بعدها ، ص ٢٤٦ وما بعدها والمراجع المشار إليها فيه ، لوسوارن وبوريل ، المرجع السابق ، وبصفة خاصة فقرة ١/٢٢١ ص ٢٢٥ ، بل إننا نعتقد أن نظرية باتيفول القائمة على تأسيس الإحالة على أساس فكرة التعايش المشترك بين النظم تندرج في ثوبها الجديد الذي صبغت به في آخر طبعات المؤلف (الطبعة الثانية ١٩٩٣) تندرج تحت هذا المفهوم ، انظر بصفة خاصة فقرة ٣١٠ وما بعدها ، ص ٥٠٤ وما بعدها .

(٣) وانظر في مصر ، الدكتور فؤاد رياض بالاشتراك مع الدكتورة سامية راشد ، الوسيط ، ١٩٩٢، فقرة ١٠٠ وما بعدها ص ١١٨ وما بعدها .

التحليل المتقدم كيفية تشغليها عبر أمثلة واقعية وأخرى صناعية[1] .

كما أن بعض التشريعات قد كرستها صراحة . فلم تشأ أن تقبلها أو ترفضها بالنظر إلى إعتبارات محض نظرية وإنما بالاستناد إلى النتيجة التي تحققها . نذكر من ذلك التشريعين التشيكي والألماني .

فالقانون الدولي الخاص التشيكي لسنة ١٩٦٣ ينص في المادة الخامسة الثلاثين منه على أنه " إذا ما عينت نصوص القانون الدولي التشيكي أو أحالت إلى قانون دولة أخرى فإن تلك الإحالة يمكن قبولها إذا كان من شأن ذلك الوصول إلى حل معقول وعادل للعلاقة محل النزاع " .

والذي يظهر من هذا النص أن المشرع التشيكي لم يشأ أن يقيد قاضيه بحل معين ولم يشأ أن يفرض عليه أياً من نوعي الإحالة لا بالقبول ولا بالرفض. فالأمر متروك لقاضي الموضوع يأخذ بأي من نوعيها متى تكشف له أن وقائع النزاع المطروح تقتضي ذلك، وأن من شأن الحل الذي يأخذ به تحقيق الحل العادل والمقبول[2] .

ويعيب الفقه على هذا الحل ما فيه من ترك الأمر للسلطة التقديرية المطلقة للقاضي ليأخذ بالإحالة أو يرفضها في ضوء ما يراه محققاً للعدالة بالنظر إلي كل حالة على حدة . وهذا مسلك " يتعارض لا شك مع مسلك القاضي عند تطبيق القاعدة القانونية وفقاً للمباديء العامة . إذ ليس من المقبول أن يطبق القاضي القاعدة القانونية على نحو يختلف من حالة لأخرى حتى ولو كان تحت ستار تحقيق العدالة ، وإنما على القاضي أن يتخذ مسلكاً موضوعياً في تطبيق القاعدة

(١) ويبقى بعد ذلك أنها تحتاج إلى بحث شامل وتأصيل دقيق في دراسة متخصصة تحتاجها المكتبة العربية .

(٢) وهذه المرونة في الإسناد في التشريع التشيكي تعد من خصائصه الأساسية . فتراه مثلاً عند بيانه للقانون الذي يحكم العقد يقرر لكل طائفة من طوائف العقود قاعدة إسناد خاصة بها . راجع نصوص هذا القانون مترجمة إلى الفرنسية في المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص ، ١٩٦٥ ، ص ٦١٤ وما بعدها .

القانونية، صيانة لاستقرار المعاملات "[1] . العيب الجوهري إذن لهذا الحل يتمثل في عدم وضع المشرع الذي يأخذ به لقواعد ثابتة واضحة معروفة سلفاً. ومن هنا كانت مخاطره في أنه يتنافى مع الأمان القانوني اللازم للمعاملات والذي يتطلب معرفة المتقاضيْن مقدماً للقانون الذي يحكم علاقتهم [2] .

ومن جانبنا لا نقر هذا الاطلاق في انتقاد هذا الحل . فالقاضي ليس مطلق الإرادة والسلطان في أخذه بالإحالة أو رفضها وإنما هناك مبدأ عام يحكمه جوهره أن يكون الحل الذي يقول به من خلال الإحالة ." عادلاً ومعقولا"، وتلك مسألة قانونية يخضع بشأنها لرقابة المحكمة العليا، ويتعين في جميع الأحوال على القاضي أن يسبب قراره . فالحل إذن لن يتباين من حالة لأخرى كما يرى أصحاب النظر المتقدم، وان تباين فإنما يكون مرد ذلك لاختلاف الأسس والمبررات التي يقوم عليها هذا الحل أو ذاك . ولا محل أيضاً للخوف من أن يؤدي مثل هذا الحل إلى التضحية بالأمان القانوني وحماية توقعات الأفراد المشروعة إذ لو انحرف القاضي بالإحالة عن غايتها في هذا الفرض لانتفى عن قضائه وصف " الحل العادل "، ويكون قراره محلاً للنعي عليه من قبل المحكمة العليا. إلى ذلك، فإن تواتر القضاء على صياغة حلول عامة من شأنه أن يصنع في نهاية المطاف مسلكاً مألوفاً يمكن للأطراف معرفته والوقوف عليه سلفاً .

نخلص من ذلك إلى أن مسلك المشرع التشيكي في ذاته مسلك محمود تنضبط حدوده وتتعين من خلال وضع الضوابط والموجهات التي يستنها القضاء ويصوغها الفقه .

(١) الدكتور هشام صادق ، المطول ، ص ١٩٧ والمراجع المشار إليها فيه ، والأستاذ مصطفى كامل ياسين، دروس لاهاي ، ص ٢٣٢ وما بعدها .

(٢) أستاذنا الدكتور فؤاد رياض ، فقرة ١٠٦ ص ١٢٤ .

وفكرة الحل الوظيفي كرسها بشكل أكثر تحديداً القانون الدولي الخاص الألماني الجديد في المادة ١/٤ منه التي تنص علي أنه " إذا تم تعيين قانون دولة أجنبية فإنه يجب أن تطبق أيضاً قواعد الإسناد المعينة الموجودة فيه بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع روح قاعدة الإسناد الألمانية . ويجب أن تطبق القواعد الموضوعية في القانون الألماني إذا أحالت قواعد الإسناد الأجنبية إلى القانون الألماني" . وتستبعد الإحالة كذلك متى كان المقصود من تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الألمانية ، هو تطبيق القواعد الموضوعية في هذا القانون وحدها دون غيرها[1] (م ١/٤) . وهذا النص تفيض منه حقيقتان :

<u>أولهما</u>:أن القانون الألماني يأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى . ويستثني من ذلك حالة ما إذا " كان للأطراف حرية اختيار قانون دولة معينة " حيث يجب قصر هذا الاختيار على القواعد الموضوعية لهذا القانون وليس على قواعد الاسناد فيه حتى ولو كانت هذه الأخيرة تحيل إلى القانون الألماني .

<u>ثانيهما</u>:أن القانون الألماني يأخذ أيضاً بالإحالة من الدرجة الثانية (إلى قانون دولة ثالثة) متى توافر شرطان لازمان معاً : الأول ، ألا يكون في الأخذ بالإحالة مساس بروح قاعدة الإسناد الألمانية . " فإذا كانت هذه الأخيرة تهدف مثلاً إلى عدم إهدار التصرفات القانونية وإلى الإقلال من حالات بطلانها لأسباب متعلقة بالشكل بحيث ينعقد التصرف صحيحاً إذا تم هذا الشكل وفقاً لأي من القوانين الجائز للأطراف الاختيار من بينها ، فإنه يستخلص من ذلك أن روح قاعدة الإسناد تقتضي تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي ولا تقبل الإحالة إلى قانون آخر لتحديد صحة التصرف

(١) في التعليق على هذا النص ، راجع باتيفول ولاجارد ، فقرة ٣١١ ص ٥٠٩ ، وفقرة ٣٠٢ هامش (٦) ص ٤٩٥ والمراجع المشار إليها عندهما .

من حيث الشكل "[1] . وثاني الشرطين ألا تشير قاعدة الإسناد الألمانية إلى تطبيق القواعد الموضوعية وحدها في القانون الأجنبي. وهذا المعنى صرحت به المادة ٢/٤ حين قررت أن حق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد تقتصر على اختيار القواعد الموضوعية وحدها دون قواعد الإسناد في القانون الأجنبي .

والمتأمل في الحلول التي كرّسها المشرع الألماني يرى فيها تقنيناً مرناً - لحسن الطالع - لفكرة الحل الوظيفي التي نثق فيها وفي قدرتها على رصدكثير من الحلول العادلة والمعقولة في مادة القانون الدولي الخاص برمتها .

(١) الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ١٢٥ .